



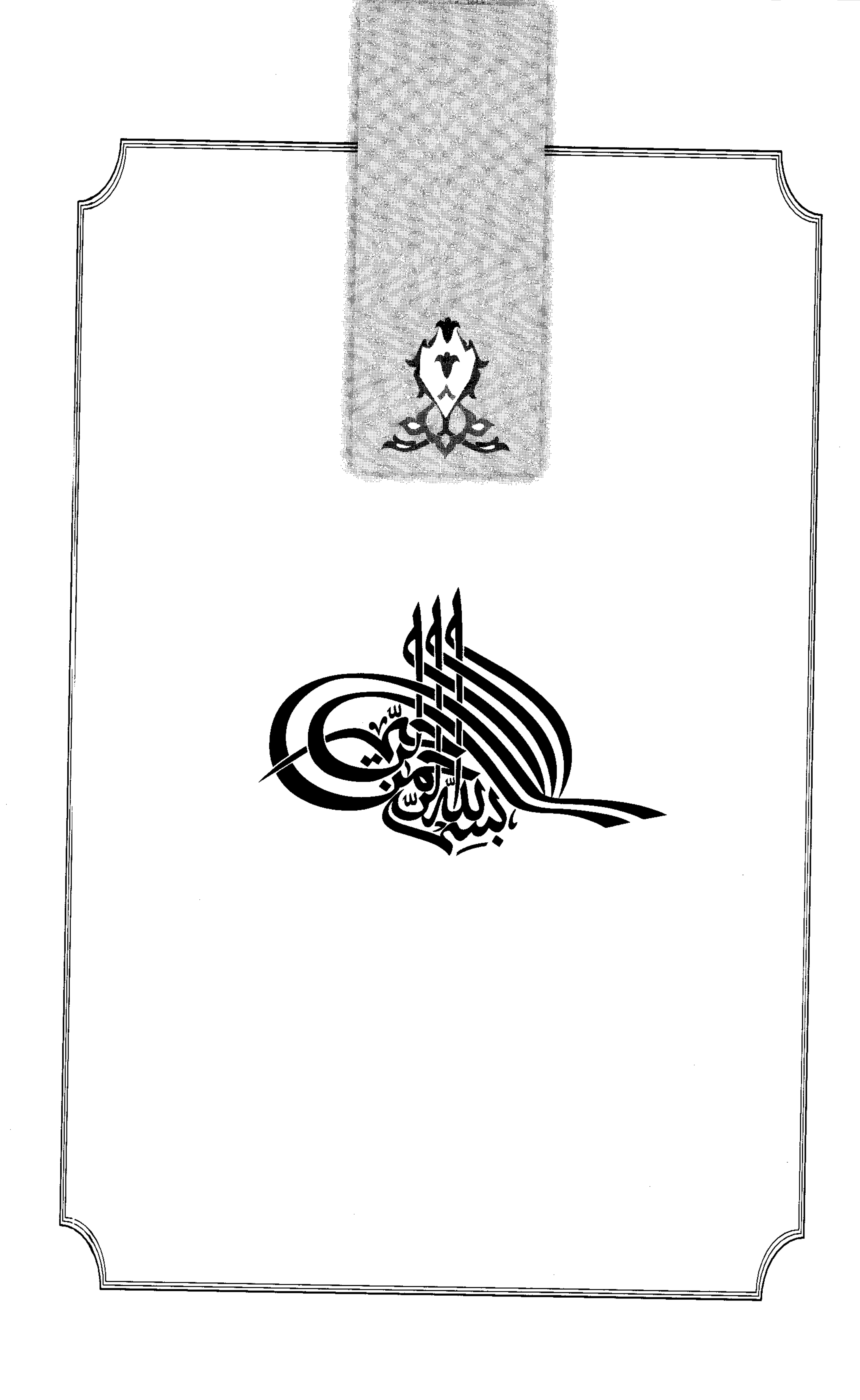


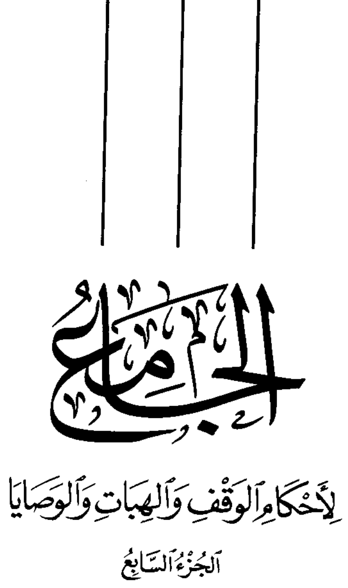
لأحكام الوقف والهبات والوصايا

تأليف
أ.د/ خالد بن علي بن محمد المشيقح
الأستاذ بكلية الشريعة وأصول الدين
جامعة القصيم

الجزء السابع

إصدارات
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
بتمويل الإدارة العامة للأوقاف
إدارة الشؤون الإسلامية
دولة قطر

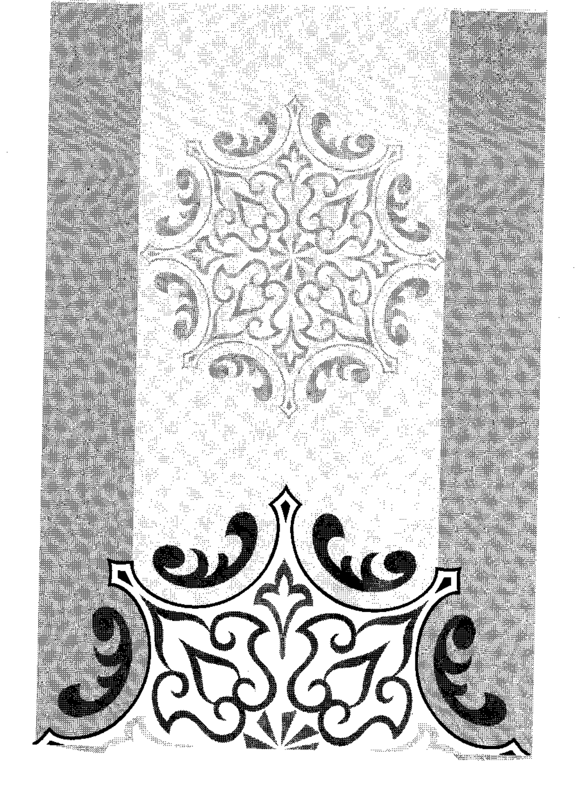




الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا

الجزء السابع

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٣٤هـ ــ ٢٠١٣م



الباب الرابع

الموصى به

وهو كما قال ابن عرفة: كل ما يملك من حيث الوصية به[1].

وفيه فصلان:

الفصل الأول: ما يدخل في لفظ الوصية، وملكية الموصى به.

الفصل الثاني: شروط الموصى به.

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ٣/ ٨٢.



الفصل الأول

ما يدخل في لفظ الوصية، ووقت ملك الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: كل مال مملوك للموصي وقت موته.

المبحث الثاني: الدية.

المبحث الثالث: نماء الموصى به.

المبحث الرابع: وقت ملك الوصية.



المبحث الأول
كل مال مملوك للموصي وقت موته

اختلف الفقهاء فيما تدخل فيه الوصايا وتنفذ منه، وما لا تدخل فيه من تركة الميت على أقوال:

القول الأول: أنها تدخل في كل مال مملوك للموصي وقت موته، علم به أو لم يعلم.

وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة[١].

الثاني: أنها تدخل في الأموال المملوكة للموصي وقت الوصية، ولا تدخل فيما ملكه بعد الوصية، إلا أن ينص على ذلك في وصيته، كأن يقول: يخرج من تركتي، أو كل ما أخلفه.

وهذا مذهب الظاهرية، وأحد قولي الشافعية[٢].

القول الثالث: أنها لا تدخل إلا فيما علم به الموصي عند موته سواء ملكه قبل الوصية أو بعدها، ولا تدخل فيما لم يعلم به قبل موته من إرث ورثة أو وصية وصي له بها، ولم يعلم بها، أو ردها في حياة الموصي، وأجازها ورثته بعد موته المتأخر عن موت من أوصى له، ونحو ذلك.

---

(١) المبسوط ٢٦/ ١٦٤، تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٥٤، رد المحتار ٥/ ٤٨٣، إعانة الطالبين ٣/ ٢٥٣، الأشباه للسيوطي ص٣٢١، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٧/ ٢٩٨، المغني ٩/ ١٨٥ ـ ١٨٦، المبدع ٦/ ٥٦، الإنصاف ٧/ ٢٦٢.

(٢) المحلى ٩/ ٣٢١، والمصادر السابقة للشافعية.

وهو مذهب المالكية، واستثنى بعض المالكية الوصية بالزكاة، والكفارات والهدي إذا ضاق ثلثه[١]، فإنها تنفذ من المجهول لسببين:

١ ـ أن يقصد الموصي تنفيذ ذلك وإبراء ذمته منه.

٢ ـ مراعاة لقول من يقول: إنها تخرج من رأس لمال.

وسبب هذا الخلاف أمور ثلاثة[٢]:

الأول: اختلاف الأصوليين في دلالة الإضافة على العموم أو العهد في قول الموصي: لفلان ثلث مالي ونحوه.

الثاني: اختلاف الأصوليين أيضاً في دخول الصورة غير المقصودة في عموم العام وتناول اللفظ لها، وعدم دخولها[٣].

ومن رأى أن الإضافة للعهد ليست للعموم قال: المعهود هو المال الموجود وقت الوصية فتختص به، ولا تدخل فيما ملكه بعدها إلا بنص صريح، وهم أصحاب القول الأول.

ومن رأى أن الإضافة للعموم، وأن العام يتناول بلفظه المقصود وغيره قال: بدخولها في كل مملوك علمه أو لم يعلمه، ملكه قبل الوصية أو بعدها لدخول الجميع في لفظ ماله، وهم أصحاب القول الثاني.

ومن رأى أن الإضافة للعموم، وأن العام لا يتناول غير المقصود للمتكلم قال: لا تدخل الوصايا في المجهول؛ لأنه غير معلوم للموصي ولا مقصود له فلا يتناوله لفظه.

والثالث: اختلاف الأدلة وتعارضها.

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٤، الفواكه الدواني ٢/ ٢١٥.

(٢) المدونة ٢/ ٣٣٨.

(٣) المحلي ١/ ٢١٣، ٢٢٠، البحر المحيط ٤/ ٧٥، الوصايا والتنزيل ص٢٨٧.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[١]، فالوصية ذكرت في القرآن مع الإرث والدين، والإرث والدين يدخلان في المعلوم والمجهول، فكذلك الوصية[٢].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مبني على حجية دلالة الاقتران، والصحيح عند الأصوليين عدم حجيتها.

٢ ـ عموم أدلة الوصية.

٣ ـ ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية في المجهول، والمعدوم، ونحو ذلك.

٤ ـ الإجماع على اغتفار الجهالة في الوصية، وأنه لا يشترط العلم بتفاصيل المال عند الوصية؛ بدليل صحة الوصية فيما يحدث بعدها، وصحة وصية الجاهل بتفاصيل ماله، ولو كان العلم بالمال شرطاً لما صحت الوصية فيما يحدث، وكذا وصية الجاهل.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يلزم من اغتفار الجهل بتفاصيل المعلوم أصله اغتفارها في المجهول المطلق؛ لوجود القصد في الأول دون الثاني[٣].

دليل القائلين بقصرها على الأموال الموجودة وقت الوصية:

١ ـ حديث عمرو بن يثربي قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «**ألا ولا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه**، فقلت يا رسول الله:

---

(١) من آية ١١ من سورة النساء.

(٢) انظر: الفتح ٥/٣٦٩، المغني ٦/١٣٤، البداية ٢/٣٣٨.

(٣) الذخيرة ٧/٩٦.

أرأيت إن لقيت غنم ابن عمي أجتزر[١] منها شاة، فقال: **إن لقيتها نعجة تحمل شفرة**[٢]، **وأزناداً**[٣] **نجبت الجميش**[٤] **فلا تهجها**[٥] **قال: يعني نجبت الجميش أرضاً بين مكة والجار ليس بها أنيس»**[٦].

٢ ـ حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **«لا يحلبنَّ أحدٌ ماشية أحدٍ إلا بإذنه»**[٧].

وجه الدلالة: أن الحديثين يدلان على اشتراط الرضا وطيب النفس في انتقال الأملاك من شخص لشخص وهو عام في الوصايا وغيرها، والمجهول الذي لا علم للموصي بملكه لم تطب نفسه به؛ لأن طيب النفس يقتضي العلم به وقصد الوصية فيه كلاهما غير موجود، وأيضاً المجهول مملوك للموصي غير متيقن من الوصية به، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان، والوصايا لا تثبت بالشك، والأملاك لا تنتقل إلا بيقين، وهذا كله يقتضي عدم دخول الوصية في المجهول الذي لا علم للموصي بملكه عند موته.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فإنه مما علم أن الموصي قد طابت نفسه بالوصية؛ إذ هي تبرع بالمال بعد الموت، وهذا تصرف نفعه متمحض.

---

(١) أجتزر: أذبح، ولا يقال إلا في الغنم خاصة، ينظر: النهاية (١/ ٢٦٧).

(٢) هي السكينة العريضة، ينظر: النهاية (٢/ ٤٨٤).

(٣) مفردها زند، خشبتان يستقدح بهما، ينظر: لسان العرب، مادة «زند» (٣/ ١٨٧١).

(٤) هي صحراء بين مكة والمدينة، ينظر: معجم البلدان (٢/ ٣٤٣)، النهاية (٢/ ٤)، أسد الغابة (٤/ ٢٩٥).

(٥) أي: لا تزعجها، ولا تنفرها، ينظر: النهاية (٥/ ٢٨٦).

(٦) تقدم تخريجه برقم (١٠٩).

(٧) تقدم تخريجه برقم (١١٠).

٣ ـ قياس الوصية على النذر، فإن من نذر ثلث ماله لم يلزمه إلا ثلث ما كان موجوداً ساعة النذر ولا شيء عليه فيما ملكه بعده.

٤ ـ أن المعتبر في العقود وقت انعقادها[١].

ونوقش هذا الاستدلال بهذين الدليلين: بأنه قياس مع وجود الفارق؛ لأن الوصية يصح الرجوع فيها، والنذر لازم لا يصح الرجوع فيه، وأما القول بأن الوصيَّة ليست عقدًا من كُلّ جهة، ولذلك لا تعتبر بها الفوريَّة ولا القبول[٢].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة دليله، ولأن الوصية تبرع بالمال بعد الموت، فدخلها التوسع بخلاف التبرع حال الحياة.



(١) الفتح ٥/ ٣٦٩.

(٢) المصدر السابق.

المبحث الثاني
الدية

إذا قتل الموصي وأخذت الدية فهل تدخل الدية في الوصية؟

اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الدية تدخل في الوصية.

وهو قول الحنفية(١)، والصحيح من مذهب المالكية(٢)، والصحيح من مذهب الشافعية(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة، وبه قال الحسن(٤).

لكن عند المالكية: تدخل الوصية في دية الخطأ دون العمد؛ لأن دية العمد لم يعلم بها الموصي.

القول الثاني: أن الدية لا تدخل في الوصية.

وهو قول عند المالكية(٥)، وقول عند الشافعية(٦)، ورواية عند الإمام أحمد(٧)، وهو قول عند الظاهرية(٨).

---

(١) المبسوط ٢٦/ ١٦٤، تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٥٤، رد المحتار ٥/ ٤٨٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٤، الفواكه الدواني ٢/ ٢١٥.

(٣) الأشباه للسيوطي ص٣٢١، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٧/ ٢٩٨.

(٤) المغني ٩/ ١٨٥ ـ ١٨٦، المبدع ٦/ ٥٦، الإنصاف ٧/ ٢٦٢، الوصايا والتنزيل ص٢٧٨.

(٥) التفريع ٢/ ٢٠٩، مواهب الجليل ٦/ ٢٥٥.

(٦) الأشباه للسيوطي ص٣٢١.

(٧) المغني ٩/ ١٨٥ ـ ١٨٦، ٨/ ٥٤٨، المبدع ٦/ ٥٦، الإنصاف ٧/ ٢٦١، إرث الحقوق ٢/ ٢٣٤.

(٨) المحلى ١٠/ ٤٩٠.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

(١٩٦) ١ ـ ما رواه أحمد: حدثنا عبد الرزاق، حدثنا معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ما أرى الدية إلا للعصبة؛ لأنهم يعقلون عنه، فهل سمع أحد منكم من رسول الله ﷺ في ذلك شيئاً؟ فقال الضحاك بن سفيان الكلابي ـ وكان استعمله رسول الله ﷺ على الأعراب ـ كتب إلي رسول الله ﷺ: «أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»، فأخذ بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه[1].

---

(١) مسند أحمد ٣/ ٤٥٢(١٥٨٣٧).
وفي ٣/ ٤٥٢(١٥٨٣٨) عن سفيان،
وأبو داود (٢٩٢٧) من طريق مَعْمر،
وأبو داود (٢٩٢٧)، وابن ماجه (٢٦٤٢)، والتِّرمذي (١٤١٥)، والنَّسائي في الكبرى (٦٣٢٩) و (٦٣٣٥) من طريق سفيان بن عيينة،
وفي (٦٣٣١) من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري،
ثلاثتهم (مَعْمر، وسُفيان بن عُيَيْنَة، ويَحيى بن سعيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.
وأخرجه مالك الموطأ (٢٥٣٥)،
والنسائي في الكبرى (٦٣٣٢) قال: أخبرنا محمد بن معدان بن عيسى بن معدان، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: أخبرنا زهير، يعني ابن معاوية، قال: حدثنا يحيى بن سعيد الأنصاري،
كلاهما (مالك، ويحيى بن سعيد) عن ابن شهاب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نشد الناس بمنى: أن كل من كان عنده علم من الدية أن يخبرني؟ فقام الضحاك بن سفيان، فقال: كتب إلي رسول الله ﷺ: أن ورث امرأة أشيم الضبابي من ديته، فقال عمر بن الخطاب: ادخل الخباء حتى آتيك، فلما نزل عمر أخبره الضحاك، فقضى بذلك عمر بن الخطاب.
قال ابن شهاب: وكان قتل أشيم خطأ. ليس فيه (سعيد بن المسيب).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ أمر بتوريث المرأة من دية زوجها، فدل على أن الدية تثبت للمقتول أولاً، ولذا أضافها إليه، فقال: دية زوجها، ثم تنتقل إلى ورثته، ولو كانت الدية تثبت للورثة ابتداء لما أمر الرسول ﷺ بالتوريث، بل يقول: أعطها حقها من الدية وما شابه ذلك.

قال البغوي - رحمه الله -: «فيه دليل على أن الدية تجب للمقتول، ثم تنتقل منه إلى ورثته كسائر أملاكه، وهذا قول أكثر أهل العلم»[١].

(١٩٧) **٢** - ما رواه عبد الرزاق، عن عبد الله بن محرر قال: أخبرني الحكم بن عتيبة قال: إن رجلاً خرج مسافراً فأوصى لرجل بثلث ماله، فقتل الرجل في سفره ذلك، فرفع أمره إلى علي بن أبي طالب، فأعطاه ثلث المال وثلث الدية»[٢].

٣ - أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه، ونفسه له، فكذلك بدله[٣].

٤ - أن دية أطرافه في حالة حياته له، فكذلك دية نفسه بعد موته[٤].

٥ - أن المقتول أسقط الدية عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً، وليس له إسقاط حق الورثة[٥]، فدل أنها تحدث على ملكه.

٦ - أن الدية مال موروث عن المقتول بالإجماع، فأشبهت سائر أمواله[٦]، وحيث ثبت ذلك فإنها تنفذ منها وصاياه.

---

(١) شرح السنة ٨/ ٣٢٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٦٤٨٩)، في المعرفة والتاريخ ٣/ ١٤١: (عبد الله بن محرر العامري جزري، متروك ضعيف).

(٣) المغني ٨/ ٥٤٩، كشاف القناع ٤/ ٣٧٢.

(٤) المغني ٨/ ٥٤٩، وكشاف القناع ٤/ ٣٧٢.

(٥) المغني ٩/ ١٨٦.

(٦) المغني ٩/ ١٨٦.

أدلة الرأي الثاني:

١ ـ أن الدية سببها الموت، فلا يجوز وجوبها قبله؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه[١].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن سبب الوجوب ينزل منزلة مسببه وهو الوجوب، ولا شك أن السبب وجد في حياته[٢]، وهو الجناية عليه.

٢ ـ أن الدية إنما تستحق بعد الموت، وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له، فكيف يتجدد له ملك ؟[٣].

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: بأنه إنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه، فأما ما تعلقت به حاجته فلا[٤].

يحقق ذلك أن تجهيزه منها بلا نزاع[٥].

الثاني: أنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته، فإنه يملكه بحيث تقضى ديونه منه، ويجهز، فكذلك ديته[٦].

٣ ـ أن الدية مال للأهل حدث لهم بعد موت مورثهم، ولم يرثوه قط عنه؛ إذ لم يجب له شيء منه في حياته، فمن الباطل أن ينفذ منه وصيته[٧].

---

(١) المغني ٨/ ٥٤٨.

(٢) شرح الزركشي ٤/ ٤٠٨، إرث الحقوق ١/ ٣٦٧.

(٣) المغني ٩/ ١٨٦ و٨/ ٥٤٩.

(٤) المغني ٨/ ٥٤٩.

(٥) شرح الزركشي ٤/ ٤٠٨.

(٦) المغني ٨/ ٥٤٩.

(٧) المحلى ١٠/ ٤٩٠.

ويناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول: أنه لا يصح أن يقال: إنهم لم يرثوا الدية عن مورثهم؛ بدليل أن النبي ﷺ أمر بتوريث امرأة أشيم من دية زوجها[١]، فالدية موروثة عنه.

الوجه الثاني: أن الدية بدل نفسه فهو أحق أن تقضى منها حوائجه من ورثته؛ بدليل أنه يجهز منه بلا خلاف[٢].

الترجيح:

يظهر لي ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول؛ لقوة أدلته، ولضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشة.



---

(١) سبق تخريجه (١٩٦).

(٢) المغني ٩/١٨٦.

المبحث الثالث
نماء الموصى به

لنماء الموصى به بعد الوصية أحوال:

الأولى: أن يحصل بعد الوصية وقبل الموت، فهو باق على ملك الموصي بغير خلاف؛ لأن الوصية لا تملك إلا بالموت أو القبول أو هما معاً، وأما قبل الموت فلا عبرة بالقبول أو الرد؛ لأن أوان وجوب الوصية ما بعد موته[١].

وثانيها: ما كان بعد القبول والقسمة فهو للموصى له اتفاقاً؛ إذ إنه نماء ملكه فهو له.

الثالثة: أن يكون وجوده بعد موت الموصي وقبل القبول، أو بعده وقبل القسمة.

اختلفت العلماء في حكم نماء الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول، أو بعده وقبل القسمة على أقوال:

القول الأول: إن نماء الموصى به بعد الموت وقبل القبول للورثة إن كان النماء منفصلاً كولد الشاة ونحوه، وإن كان متصلاً كالصوف على ظهرها ونحوه فهو للموصى له؛ لأنه تابع للعين الموصى بها.

وهو قول الحنابلة[٢].

---

(١) المبسوط ٢٨/٤٧، الإنصاف ٧/٢٠٢.

(٢) ينظر: المغني ٨/٤١٩، الفروع ٧/٤٤٢، الإنصاف ٧/١٥٥ - ١٥٩، شرح منتهى الإرادات ٤/٤١٥.

وعلل ابن قدامة: «إنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول، فلم يسبق الملك القبول، كسائر العقود، ولأن القبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سببه، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل»[١].

القول الثاني: أن نماء الموصى به له حكم أصله، بمعنى أنه محكوم بالثلث، فإن خرج مع أصله من الثلث فهو للموصى له، وإلا فله ما خرج.

وهو مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

فالحنفية هنا وإن قالوا: إن الوصية تملك بالقبول من حين الموت لكن هذه الملكية لا تتأكد إلا بعد القسمة[٤]، وعلى هذا فالتركة بعد الموت وقبل القسمة مبقاة على ملك الميت[٥]، والنماء تابع لأصله، وأصله محكوم بالثلث، ولأن الملك في النماء بواسطة ملك الأصل مضاف إلى كلام سابق. فكأنه كان موجوداً في ذلك الوقت، فكان له حكمه[٦].

وأما المالكية فيقولون: الملك للموصى له بمجرد الموت وقبوله كاشف له، فيقوم الموصى به بنمائه الذي حصل بعد الموت، فإن حمله الثلث فله جميعه، وإلا فله ما حمل الثلث؛ وذلك أنه وإن كان الملك بالموت لكن

---

(١) المغني ٨/ ٤١٩.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٨/ ٤٨ ـ ٥٠، بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٢ ـ ٣٣٤، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٥، البحر الرائق ٨/ ٤٦٢.

(٣) ينظر: حاشية العدوي ٢/ ٢٢٦، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٤، منح الجليل ٩/ ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٥.

(٥) المبسوط ٢٩/ ١٣.

(٦) البدائع ٧/ ٣٨٥.

العبرة بيوم التنفيذ[١]، ولا يعد في التنفيذ الموت فقط ولا القبول فقط، بل يراعي الأمران، أما الموت فلأن الملك للموصى له يكون بالموت، وأما القبول فلأنه شرط بعد الموت[٢]، وأمر آخر وهو أنهم جعلوا النماء جزءاً من الأصول، فكأنه نماء حصل في ذات الأصول كطولها وعظم ذاتها لا أمر زائد عليها، فكان حكم النماء كحكم الأصل[٣].

وحجته: أن الوصية بالأصل تستتبع الوصية بالغلة، فإذا كان الموصى به وغلته يخرجان من الثلث أخذهما، وإذا كان الثلث يحمل الموصى به دون غلته، فإنه يعطى للموصى به كله لحمل الثلث له، كما يعطى ثلث غلته باعتبار أن الغلة موصى بها لا يحملها الثلث فيعطى ثلثها فقط.

وابن القاسم - رَحِمَهُ اللهُ -: يفرق بين النماء بالولادة والنماء بالكسب والثمرة... إلخ، فيقول في الأول كقول أكثر المالكية، وهو أنه يقوم بأصله، فإن حمله الثلث فله جميعه وإلا فله ما حمل الثلث، وأما النماء بالثمرة والكسب... إلخ، فيقوم الأصل وحده عنده، فإن خرج من الثلث فنماؤه جميعاً للموصى له، ولا يدخل هذا النوع من النماء تحت التقويم[٤].

القول الثالث: إن قبل الموصى له بان أنه ملك بالموت، وإلا بان للوارث.

وهو الأظهر عند الشافعية[٥].

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٨/ ١٧٧.

(٢) المصدر نفسه ٨/ ١٧٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٤.

(٣) المصدر نفسه ٨/ ١٧٧.

(٤) المدونة ٦/ ٦٥ - ٦٦.

(٥) ينظر: أسنى المطالب ٣/ ٤٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/ ١٦٧، مغني المحتاج ٤/ ٨٨، حاشية الجمل ٤/ ٤٩، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ٢٧٣، حاشية البجيرمي على المنهج ٣/ ٣٤٨ - ٣٤٩.

قال في مغني المحتاج[١]: «وهل يملك الموصى له بموت الموصي أم بقبوله أم موقوف، فإن قبل بان أنه ملك بالموت، وإلا بان للوارث أقوال أظهرها الثالث، وعليها تبنى الثمرة، وكسب عبد حصلا بين الموت والقبول».

وقال في شرحه: «فعلى الأول والثالث للموصى له الفوائد وعليه المؤنة، وعلى الثاني لا ولا، ولو رد فعلى الأول له وعليه ما ذكر، وعلى الثاني والثالث لا ولا».

والأقرب: القول الأول؛ إذ الوصايا معتبرة بالموت ـ كما تقدم ـ في وقت اعتبار الموصى له وارثاً، أو غير وارث، ولأنها تبرع بالمال بعد الموت، لكن يظهر أنه لا فرق بين النماء المتصل والمنفصل، وأن الجميع للموصى له.



---

(١) مغني المحتاج ٤/٨٨.

المبحث الرابع
وقت ملك الموصى به

القول الأول: أن الوصية لا تدخل في ملك الموصى له إلا بالقبول.

وهو قول الحنفية، وأحد أقوال المالكية، والشافعية، ومذهب الحنابلة[(١)].

القول الأول: ملك الموصى به للموصى له بمجرد وفاة الموصي.

وهو قول المالكية، وقول للشافعية[(٢)].

القول الثالث: أن الملك بعد موت الموصي موقوف، غير محكوم به لأحد، فإن قبل الموصى له بان أنه ملكه بالموت، وإن رد بان أنه ملك للوارث من حين الموت.

وهو أظهر الأقوال عند الشافعية[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣١ ـ ٣٣٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٨/ ١٧٧، نهاية المحتاج ٦/ ٦٦، المغني مع الشرح ٦/ ٤٧١.

(٢) المصادر السابقة للمالكية والشافعية.

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٨٨.

(٤) من آية ٣٩ من سورة النجم.

ظاهره: أن الإنسان لا يملك شيئاً بغير سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له بدون قبول لثبت له بدون سببه، وهو منفي بنص الآية وعمومها.

٢ ـ أن دخوله في ملكه بغير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من جهتين: لحوق المنة له، ولزوم الإنفاق على الموصى به الذي لا نفع فيه، كالعبد المقعد والزمن(١).

٣ ـ أن الوصية تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله كالهبة والبيع بجامع أن كلاً يفتقر إلى القبول، فلا يتقدم عليه.

قال الإمام أحمد: الهبة والوصية واحد(٢).

٤ ـ أن القبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سببه(٣)، فكلام الموصي إيجاب مضاف إلى الموت، وهو مع قبول الموصى له سبب الملك للموصى له، فلا يتقدم الملك بعض سببه وهو القبول.

ونوقش: بأن الملك بعد القبول ثبت وقت الموت؛ لأن كلام الموصي السابق بالوصية سبب لثبوت الملك في الأصل وقت الموت لكونه مضافاً إلى وقت الموت، فصار سبباً عند الموت، فإذا حصل القبول ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت ـ أي: وقت الموت ـ كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشتري إذا ولدت في مدة الخيار، ثم أجاز المشتري البيع، فإنه يملك الولد كذا هنا(٤).

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٢.
(٢) المغني مع الشرح ٦/ ٤٧١.
(٣) المصدر السابق.
(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٥.

٥ ـ أن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه[١].

وهذا قريب مما قبله مع أنه لم يحكم بالملك من الموت إلا بعد وجود القبول، فكأنه حصل بأثر رجعي.

٦ ـ أن الملك في الماضي ـ أي: عموم الملك ـ لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل[٢].

ونوقش: بأن هذا منقوض؛ لأن الرجل لو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر، ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر[٣].

وأجيب: بأن هذا ليس شرطاً في وقوع الطلاق، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق، ولذلك إذا قال: إذا مت فأنت طالق قبله بشهر؛ لم يصح[٤].

أدلة القول الثاني:

١ ـ القياس على الإرث، فإنه يدخل في ملك الوارث بالموت، فكذلك الوصية، بجامع أن كلاً منهما ملك مرتب على الموت.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع وجود الفارق فلا يصح، فإن الوصية ترد بالرد، والإرث لا يرد بالرد، والميراث قهري، وإلزام ممن له ولاية الإلزام، وهو الله تعالى بخلاف الوصية.

٢ ـ القياس على الوصية للفقراء، فإنها تدخل في ملكهم بمجرد الموت.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح أيضاً لوجود الفرق؛ لأن غير

---

(١) المغني ٦/ ٤٧١، الوصايا والتنزيل ص٢٧٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق ٦/ ٤٧١.

المعين يتعذر منه القبول، بخلاف المعين، فإذا سقط القبول في غير المعين لعذر، فلا يسقط في المعين لعدم العذر، وقبول المحل لصدور القبول منه.

٣ ـ أنه لا يصح بقاء الوصية على ملك الموصي لموته، والميت لا يملك، كما لا يصح انتقالها للوارث؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[١]، فالإرث بعد الوصية، وإذا لم يصح بقاؤها على ملك الموصي، أو الورثة تعين كون الملك للموصى له بالموت.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح بقاؤها ملكاً للميت، ولا انتقالها للوارث فيتعين كونها ملكاً للموصى له، وهو تقسيم غير حاصر، واستقراء غير تام، ولا يتم به الاحتجاج؛ لأن هناك احتمالاً آخر، وهو وقفه حتى يرد أو يقبل.

وقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ﴾ فمعناه من بعد وصية مقبولة[٢].

وأما الدين، فإنه غير معين في مال الميت بخلاف الوصية، فإنها معينة أو مقدرة منه فافترقا.

٤ ـ أنه قصد في وصيته تمليك الموصى له بعد موته، فإنك لو سألت أي واحد من الموصين لقال: إنه يريد أن تسلم الوصية للموصى له بمجرد موته.

٥ ـ أن ما وجب انتقاله من جهة الموجب وجب عند الإيجاب، كالهبة والبيع.

ونوقش: بأن انتقال الملك من جهة الموجب في سائر العقود لا ينتقل إلا بعد القبول، كما في هذه المسألة أيضاً، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلافه في هذه المسألة[٣].

---

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المغني ومعه الشرح ٦/ ٤٧٢.

وأجيب: بأن ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود ليس يسيراً دائماً بل غالباً، فإن من صور العقود ما يكون ما بين الإيجاب والقبول طويل كالعقد بالمراسلة مثلاً.

٦ ـ أن الإرث بعد الوصية كما سبق، فلا يملك الوارث الموصى به في هذه الفترة ولا يبقى الملك للميت؛ لأنه صار غير قابل لأن يملك شيئاً، فلم يبق إلا أن تكون للموصى له[(١)].

ونوقش: بأنه على التسليم تنزلاً بأنه لا يكون للوارث، فإنه يبقى ملكاً للميت[(٢)]، أو يبقى على حكم ملكه[(٣)]، وقولهم: لا يبقى له ملك ممنوع، فإنه يبقى له ملكه فيما يحتاج إليه من مؤونة التجهيز والدفن وقضاء ديونه، ويجوز أن يتجدد له ملك في ديونه إذا قبل، وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه، وتنفذ وصاياه، ويجهز إن كان قبل تجهيزه، فهذا ـ أي: الموصى به ـ يبقى على ملكه؛ لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية، وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب، فإن رد الموصى له أو قبل انتقل حينئذ[(٤)].

وأجيب: بأنه لا يجوز أن يقال: إن الموصى به باق على ملك الميت؛ لأن ملكه قد زال إلى الموصى له بالوصية والوفاة، ولا يجوز أن يقال على حكم ملكه؛ لأن ذلك فيما يخصه كالكفن، فأما ما لا حق له فيه فلا يجب، فلم يبق إلا أن يكون للموصى له[(٥)].

---

(١) المصدر السابق ٦/ ٤٧١.
(٢) المصدر السابق ٦/ ٤٧١.
(٣) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٣٢٢.
(٤) المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٢.
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٣٢٣.

دليل القول الثالث: أنه لا يصح بقاؤه على ملك الميت؛ لموته ولانتقاله للوارث؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ﴾[1] كما لا يصح جعله للموصى له لعدم قبوله، وهو شرط أو ركن يلزم من عدمهما العدم فتعين وقفه، وعدم الحكم به لأحد حتى يتبين الأمر بالقبول أو الرد.

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة دليله، وإلحاقاً للوصية بسائر التبرعات.



(١) من الآية ١١ من سورة النساء.



الفصل الثاني

شروط الموصى به

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشرط الأول: كون الموصى به موجوداً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه.

المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مالاً شرعاً.

المبحث الثالث: الشرط الثالث: اشتراط القربة لصحة الوصية.

المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصى به متحقق الحياة.

المبحث الخامس: الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث.

المبحث السادس: الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في الموصى به.

المبحث السابع: كون الموصى به عيناً (الوصية بالمنافع).





المبحث الأول
الشرط الأول: كون الموصى به موجوداً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه

وفيه مطالب:

المطلب الأول
أن يكون موجوداً

(الوصية بالمعدوم)

كالوصية بما تحمله هذه الناقة ونحوها، أو بما تحمله هذه الأشجار، ونحو ذلك.

اختلف العلماء في حكم الوصية بالمعدوم على قولين:

القول الأول: أنه تصح الوصية بالمعدوم.

وهو قول جمهور أهل العلم[(١)].

قال في تحفة الفقهاء[(٢)]: «وأما الوصية بأعيان الأموال: فإنه يجوز،

---

(١) بدائع الصنائع ٨/٢٥٦، الدر المختار مع رد المحتار ٥/٤١٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٩٩، تكملة فتح القدير ١٠/٥٢٣، التاج والإكليل ٢/٤٧١، حاشية الجمل ٦/١٢٩، عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٠٣، مغني المغني المحتاج ٣/٦٠، أسنى المطالب ٣/٣٥، العدة ٢/٥٨، كشاف القناع ٤/٤٤٦.

(٢) تحفة الفقهاء ٣/٢٠٩.

سواء كان الموصى به موجوداً معيناً، أو بربع المال أو ثلثه أو خمسه وله مال، أو أوصى بالمعدوم بأن يوصي بما يثمر نخله، أو ما يخرج من بستانه، أو بثلث ماله ولا مال له: فإن الوصية جائزة من الثلث».

وحجته:

١ ـ عموم أدلة الوصية.

٢ ـ ولأنّ الوصيّة إنّما جَوَّزَت رفقاً بالنَّاس، فاحتُمل فيها وجوه من الغرر، فكما تصحُّ بالمجهول تصحّ بالمعدوم[١].

٣ ـ ولأنّ المعدوم يصحّ تملُّكه بعقد السَّلم، والمساقاة، والإجارة، فكذا بالوصيّة[٢].

٤ ـ أن المعدوم يجوز أن يملك بالمساقاة والإجارة مع أنهما عقدا معاوضة؛ فبالوصية أولى؛ لأن باب الوصية أوسع من غيره[٣].

٥ ـ ولأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر الموصى له بفواته كالبيع، وقيل: لا تصح مطلقاً، وقيل: تصح بالثمرة دون الولد، وفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد، وإذا صحت الوصية بالحمل الذي سيحدث فتصح بالحمل الموجود أولى، وشرط استحقاقه تحقق وجوده حال الوصية.

القول الثاني: لا تصح الوصية بالمعدوم.

وبه قال بعض الشافعية، وبعض الحنابلة[٤].

وحجته: لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد[٥].

---

(١) أسنى المطالب ٣/ ٣٥.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

(٤) مغني المحتاج ٣/ ٦٠، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/ ٣٤٢.

(٥) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه استدلال في محل النزاع.

القول الثالث: تصح الوصية بالثمرة المعدومة دون الولد.

وبه قال الحنفية استحساناً[١].

وحجته: الفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه فرق غير مؤثر.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ صحة الوصية بالمعدوم؛ لما تقدم أن الوصية فعل خير فيكثر منه، ولأن الأصل الصحة.

❁ ❁ ❁

المطلب الثاني

أن يكون الموصى به معلوماً

(الوصية بالمجهول)

كما لو أوصى بسيارة من سياراته، أو ثوب من ثيابه.

اتفق الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ على صحة الوصية بالمجهول[٢].

دليل ذلك:

١ ــ أدلة الوصية.

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد أعطى عبده ثلث ماله في آخر عمره، وقد

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار ٥/٤١٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٤١٦، عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٠٣، حاشية الجمل ٣/٤٨١، مطالب أولي النهى ٤/٤٩٠.

لا يعرف حينئذ ثلث ماله، إما لكثرته، أو لغيبته، أو غيرهما، فدعت الحاجة إلى تجويز الوصية بالمجهول[١].

٢ ـ أن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث في الميت هذه الأشياء، جاز أن يخلفه الموصى له[٢].

٣ ـ أن المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به، كالمعلوم.

٤ ـ ولأنها رخصة شرعت لتدارك ما فات، فناسب التساهل في شروطها.

❁ ❁ ❁

المطلب الثالث

أن يكون مقدوراً على تسليمه

(الوصية بما لا يقدر على تسليمه)

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بما لا يقدر على تسليمه كطيره الطائر، أو بعيره الشارد، أو سيارته المسروقة، أو أرضه المغصوبة، ونحو ذلك، وللموصى له السعي في تحصيله، فإن قدر عليه أخذه إن خرج من الثلث؛ لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له[٣].

ولأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فما لا يقدر على تسليمه أولى.



---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣/ ٣٥.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٤٤.

(٣) المصادر السابقة.

المبحث الثاني

الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مالاً شرعاً(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

الوصية بالمال المحرم

المال الحرام: كل ما حرم الشارع كسبه، أو الانتفاع به.

---

(١) واختلف العلماء في ضابط المال الشرعي:
فعند الحنفية في بدائع الصنائع (٥/ ١٤١): «ما جمع أمرين: إباحة الانتفاع شرعاً، وأن يكون قابلاً للادخار لوقت الحاجة».
وقال ابن نجيم في البحر الرائق (٥/ ٢٧٧): «المال: اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار»، وعلى هذا فالمال عند الحنفية ما جمع أمرين:
١ ـ أن يكون مادياً له وجود في الخارج.
٢ ـ يمكن إحرازه وحيازته.
وعند الجمهور: «المال ما له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار».
وعند المالكيَّة في أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٦٠٧): «ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به».

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون محرماً لعينِهِ:

وهو ما حرم الشارع الانتفاع به لخاصية في ذاته من ضرر، أو خبث، أو قذارة، كالخمر، والخنزير، والكلب العقور، والسباع التي لا تصلح للصيد، والميتة، والدم.

فأكثر الفقهاء على تحريم الوصية به؛ لأنَّه ليس مالاً شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾[1].

(١٩٨) ولما رواه مسلم من طريق علقمة بن وائل، عن أبيه وائل الحضرمي رضي الله عنه أن طارق بن سويد الجعفي رضي الله عنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر، فنهاه ـ أو كره ـ أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «**إنه ليس بدواء، ولكنه داء**»[2].

وذهب الشافعية: إلى أنه تجوز الوصية بما ينتفع به من النجاسات كجلد الميتة القابل للدبغ، وميتة تصلح طعماً للجوارح، وزبل ينتفع به، كسماد[3].

وذهب الحنابلة: إلى أنه تصح الوصية بما فيه نفع مباح من غير المال، ككلب الصيد ونحوه، وكزيت متنجس لغير مسجد[4].

في كشاف القناع: «(واختار جمع وكلب) أي: تصح هبته جزم به في المغني والكافي (ونجاسة مباح نفعهما) أي: الكلب والنجاسة جزم به

= وعند الشافعية في الأشباه والنظائر (٥٣٣): «ما له قيمة يُباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس، وما أشبه ذلك».

وعند الحنابلة في منتهى الإرادات (١/ ٣٣٩): «ما يباح نفعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة».

(١) من آية ٣ من سورة المائدة.

(٢) صحيح مسلم ـ كتاب الأشربة: باب التداوي بالخمر (١٩٨٤).

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٤٣، حاشية الجمل ٣/ ٤٨١.

(٤) كشاف القناع ٣/ ٣٦٨.

الحارثي والشارح؛ لأنه تبرع أشبه الوصية به. قال في القاعدة السابعة والثمانين: وليس بين القاضي وصاحب المغني خلاف في الحقيقة؛ لأن نقل اليد في هذه الأعيان جائز كالوصية، وقد صرح به القاضي في خلافه»[1].

وعند شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله[2] يجوز الانتفاع بالنجاسات، كما جاء في الاختيارات: «ويجوز الانتفاع بالنجاسات، وسواء في ذلك شحم الميتة وغيره، وهو قول الشافعي، وأومأ إليه أحمد في رواية ابن منصور» ففيه جواز الوصية به، **ويدل لهذا**:

(١٩٩) ما رواه البخاري ومسلم من طريق عطاء بن أبي رباح، عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح - وهو بمكة -: «**إنَّ الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة؟ فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس، **فقال: لا، هو حرام**، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: **قاتل الله اليهود إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه**»[3].

في الحديث جواز الانتفاع بالنجاسات، وإذا ثبت هذا جاز الوصية بها.

والخلاصة: أن الوصية بالمحرم لعينه لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: الوصية به لما يتضمنه من منافع مباحة، فجائز.

الحالة الثانية: الوصية به لما يتضمنه من منافع محرمة، فلا يجوز.

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٢١.

(٢) الاختيارات الفقهية (١/ ٢٦).

(٣) صحيح البخاري - كتاب البيوع: باب بيع الميتة والأصنام (٢١٢١)، ومسلم - كتاب المساقاة: باب تحريم بيع الخمر والميتة والأصنام (١٥٨١).

المسألة الثانية: الوصية بما يستعان به على الباطل:

باتفاق الفقهاء[١] لا تجوز هذه الوصية، مثل: الوصية في آلات اللهو، وشرب الخمر، وكتب البدع، وكتب التوراة والإنجيل.

قال ابن حزم: «واتفقوا أن الوصية بالمعاصي لا تجوز، وأن الوصية بالبر، وبما ليس براً، ولا معصية، ولا تضييعاً للمال جائزة»[٢].

وفي مطالب أولي النهى: «ولا تحلّ وصيَّة في معصية ـ لا من مسلم ولا من كافر ـ كمن أوصى ببنيان كنيسة أو نحو ذلك؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[٤] فمن تركهم يُنَفِّذُون خلاف حكم الإسلام، وهو قادر على منعهم، فقد أعانهم على الإثم والعدوان.

ولا تصح الوصية بمحرم (كطبل لهو وطنبور ومزمار) وعود لهو، وكذا آلات اللهو كلها كرباب وقانون ونحوه، ولو لم يكن فيها أوتار؛ لأنها مهيئة لفعل المعصية، أشبه ما لو كانت بأوتارها.

(ويتجه) بـ (احتمال) قوي (الصحة)؛ أي: صحة الوصية بجميع ما ذكر من آلات اللهو المحرمة إن كانت من جوهر نفيس ينتفع بكسره كالذهب والفضة، نظراً إلى الانتفاع بجوهرهما، أو كانت مكفتة بالذهب أو الفضة

---

(١) فتح القدير ٦/ ٢٠٠، الإسعاف ص١٥، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٧٨، روضة الطالبين ٥/ ٣١٦، مغني المحتاج ٢/ ٥١١، الشرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٣٨٠.

(٢) مراتب الإجماع ص١١٣.

(٣) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٤) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(قياساً على أواني نقد)؛ لأنها تكسر وتباع، فينتفع بثمنها من غير نظر إلى جهة التحريم، وهو اتجاه حسن، وقياس مستحسن»[١].

ودليلهم:

١ ـ لأن الوصية بمحرم إعانة عليها، ولا يجوز التعاون على المعصية إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[٢].

٢ ـ ولأن الوصية شرعت للتقرب إلى الله تعالى، وهو لا يتقرب إليه بمعصية، كما قال ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ۖ وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُوا۟ فِيهِ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ حَمِيدٌ﴾[٣].

(٢٠٠) ولما روى مسلم من طريق أبي حازم، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً**»[٤].

(٢٠١) ولما رواه البخاري من طريق أبي صالح، ومسلم من طريق سعيد ابن يسار، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**ما تصدق أحد بصدقة من طيب، ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا أخذها الرحمن بيمينه، وإن كانت تمرة، فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل**»[٥].

---

(١) مطالب أولي النهى ٤/ ٤٨١.

(٢) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الآية ٢٦٧ من سورة البقرة.

(٤) صحيح مسلم ـ كتاب الزكاة: باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها ٢/ ٧٠٣ (١٠١٥).

(٥) صحيح البخاري في الزكاة: باب الصدقة من كسب طيب (١٤١٠)، ومسلم في الزكاة: باب قبول الصدقة من الكسب الطيب (٢٣٤٢).

(٢٠٢) وما رواه مسلم من طريق مصعب بن سعد، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا تقبل صلاة من غير طهور، ولا صدقة من غلول**»[(١)].

المسألة الثالثة: أن يكون محرماً لكسبِهِ:

وتحته حالتان:

الحال الأولى: المأخوذ بغير رضا مالكِهِ ولا إذن الشارع، كالمسروق والمغصوب والمُنتهب، فهذا يجب ردُّهُ على صاحبِهِ إن عَلِمَه، أو علم ورثته بالإجماع[(٢)].

قال ابن هبيرة: «واتفقوا على أنه يجب على الغاصب رد المغصوب إن كانت عينه قائمة، ولم يخف من نزعها إتلاف نفس»[(٣)].

قال الشوكاني رحمه الله: «ومجمع على وجوب رد المغصوب إذا كان باقياً»[(٤)].

وما ذكروه في الغصب جار فيما عداه من المكاسب المحرمة؛ لأنها في حكمه.

فإن جَهِلَه تصدَّق به على الفقراء والمساكين، وبه قال جمهور أهل العلم[(٥)]: أبو حنيفة، ومالك، وأحمد.

---

(١) صحيح مسلم في الطهارة: باب وجوب الطهارة للصلاة (٥٣٥).

(٢) ينظر: رد المحتار ٢/ ٢٦، الفتاوى الهندية ٥/ ٣٤٩، أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٦٦، القوانين الفقهية ص٢٦٨، روضة الطالبين ١١/ ٢٤٦، نهاية المحتاج ٥/ ١٨٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/ ٢٢٠، زاد المعاد ٥/ ٧٧٨، المحلى ١١/ ٣٣٩.

(٣) اختلاف الأئمة لابن هبيرة ٢/ ١٢.

(٤) الدراري المضيئة ص٣٣٥. وينظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٤٨، نهاية المحتاج ٥/ ١٥٠، السيل الجرار ٣/ ٣٤٩.

(٥) فتاوى ابن رشد ١/ ٦٣٢، أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢٣٧.

وحجتهم:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[(١)]، وهذا لم يستطع أن يرده إلى صاحبه.

٢ ـ وورود ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم.

قال ابن القيم: «وأما في حقوق العباد فيتصور في مسائل: إحداها من غصب أموالاً ثم تاب وتعذر عليه ردها إلى أصحابها، أو إلى ورثتهم لجهله بهم، أو لانقراضهم، أو لغير ذلك، فاختلف في توبة مثل هذا:

فقالت طائفة: لا توبة له إلا بأداء هذه المظالم إلى أربابها، فإذا كان ذلك قد تعذر عليه، فقد تعذرت عليه التوبة، والقصاص أمامه يوم القيامة بالحسنات والسيئات ليس إلا قالوا: فإن هذا حق للآدمي لم يصل إليه، والله سبحانه لا يترك من حقوق عباده شيئاً، بل يستوفيها لبعضهم من بعض، ولا يجاوزه ظلم ظالم، فلابد أن يأخذ للمظلوم حقه من ظالمه ولو لطمة ولو كلمة... وأقرب ما لهذا في تدارك الفارط منه أن يكثر من الحسنات ليتمكن من الوفاء منها يوم لا يكون الوفاء بدينار ولا بدرهم، فيتجر تجارة يمكنه الوفاء منها... ثم اختلف هؤلاء في حكم ما بيده من الأموال:

فقالت طائفة: يوقف أمرها ولا يتصرف فيها ألبتة.

وقالت طائفة: يدفعها إلى الإمام أو نائبه؛ لأنه وكل أربابها، فيحفظها لهم، ويكون حكمها حكم الأموال الضائعة.

وقالت طائفة أخرى: بل باب التوبة مفتوح لهذا، ولم يغلقه الله عنه ولا عن مذنب، وتوبته أن يتصدق بتلك الأموال عن أربابها، فإذا كان يوم استيفاء الحقوق كان لهم الخيار بين أن يجيزوا ما فعل، وتكون أجورها لهم،

---

(١) من آية ١٦ من سورة التغابن.

وبين أن لا يجيزوا ويأخذوا من حسناته بقدر أموالهم، ويكون ثواب تلك الصدقة له؛ إذ لا يبطل الله سبحانه ثوابها، ولا يجمع لأربابها بين العوض والمعوض، فيغرمه إياها، ويجعل أجرها لهم، وقد غرم من حسناته بقدره، وهذا مذهب جماعة من الصحابة، كما هو مروي عن ابن مسعود، ومعاوية، وحجاج بن الشاعر، فقد روي أن ابن مسعود: اشترى من رجل جارية، ودخل يزن له الثمن، فذهب رب الجارية، فانتظره حتى يئس من عوده، فتصدق بالثمن، وقال: اللهم هذا عن رب الجارية، فإن رضي فالأجر له، وإن أبى فالأجر لي وله من حسناتي بقدره، وغل رجل من الغنيمة ثم تاب فجاء بما غله إلى أمير الجيش فأبى أن يقبله منه، وقال: كيف لي بإيصاله إلى الجيش وقد تفرقوا، فأتى حجاج بن الشاعر فقال: يا هذا إن الله يعلم الجيش وأسماءهم وأنسابهم، فادفع خمسه إلى صاحب الخمس، وتصدق بالباقي عنهم، فإن الله يوصل ذلك إليهم، أو كما قال، ففعل، فلما أخبر معاوية قال: لأن أكون أفتيتك بذلك أحب إلي من نصف ملكي»(١).

وقال: «من قبض ما ليس له قبضه شرعاً، ثم أراد التخلص منه، فإن كان المقبوض قد أخذ بغير رضى صاحبه، ولا استوفى عوضه رده عليه، فإن تعذر رده عليه، قضى به ديناً يعلمه عليه، فإن تعذر ذلك رده إلى ورثته، فإن تعذر ذلك تصدق به عنه، فإن اختار صاحب الحق ثوابه يوم القيامة، كان له، وإن أبى إلا أن يأخذ من حسنات القابض، استوفى منه نظير ماله، وكان ثواب الصدقة للمتصدق بها، كما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم»(٢).

٣ ـ القياس على اللقطة إذا لم يجد ربها بعد تعريفها، ولم يرد أن يتملكها تصدق بها عنه، فإن ظهر مالكها خيره بين الأجر والضمان.

---

(١) مدارج السالكين ١/ ٤١٩ ـ ٤٢١.

(٢) زاد المعاد ٥/ ٧٨٨ ـ ٧٧٩.

قالوا: ولأن المجهول في الشرع كالمعدوم.

وعند الشافعية: يسلمه إلى الحاكم لينفقه في مصالح المسلمين العامَّة.

وحجتهم: بأن ولي الأمر ونوابه أعلم بأوجه المصالح، فكانوا أولى بالتصرف، والأقرب هو القول الأول؛ لقوة دليله.

وقد حكى ابنُ عبد البر وابنُ المنذر[(١)] الإجماعَ على أنَّ الغالَّ يجبُ عليه أن يردّ ما غلَّ إلى صاحب المقاسم ما وجد إلى ذلك سبيلاً، والدليلُ على ذلك:

١ ـ قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[(٢)].

(٢٠٣) ٢ ـ ولما رواه البخاري من طريق مالك، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**من كانت عنده مظلمة لأخيه فليتحلَّله منها؛ فإنه ليس ثم دينار ولا درهم من قبل أن يؤخذ لأخيه من حسناته، فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات أخيه، فطرحت عليه**»[(٣)].

وهل له الأكل منه إذا تاب وكان فقيراً؟ المنصوص عليه عند الحنابلة: أنه لا يجوز له الأكل منه، ويجب عليه أن يتصدق به[(٤)].

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ أن للغاصب ونحوه الأكل من المال المغصوب ونحوه، إذا تاب وكان فقيراً إن لم يعرف صاحبه[(٥)].

فرع:

أرباح هذا النوع من المكاسب:

اختلف العلماء في أرباح المكاسب المحرمة الحاصلة من غير تراض على أقوال:

---

(١) التمهيد ٢/٢٣، الإجماع (٤٢).

(٢) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٣) صحيح البخاري ـ كتاب الرقى: باب القصاص يوم القيامة (٦١٦٩).

(٤) ينظر: القواعد في الفقه الإسلامي ص١٣٤.

(٥) ينظر: الاختيارات الفقهية ص١٦٥.

القول الأول: أن هذه الأرباح التي حصلت بعمل من الكاسب يكون الكاسب فيها شريكاً للمالك.

وهو رواية عن أحمد، واختيار شيخ الإسلام ابن القيم[١].

وحجته:

(٢٠٣) ما رواه الإمام مالك عن زيد بن أسلم، عن أبيه أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: «أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما»؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: «ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما، أديا المال وربحه»، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين، هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه؟ فقال عمر: أدياه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[٢].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٢٣، مدارج السالكين ١/ ٤٢٣، الإنصاف ٦/ ٢٠٨.

(٢) الموطأ ـ كتاب الفرائض: باب ما جاء في القراض ٢/ ٥٢٩، والدارقطني في السنن ـ كتاب البيوع ٣/ ٦٣ رقم ٢٤١.

وصحح إسناده ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٦٦.

القول الثاني: أنها لأصحاب هذه المكاسب، والكاسب ليس له شيء.

وهو قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثالث: ما نتج من غير عمل الكاسب كنسل الحيوان ولبنه، فهو للمالك، وما كان من عمل الكاسب فهو للكاسب، لكن لا تطيب للكاسب الأرباح، إلا إذا رد رأس المال لصاحبه.

وهو قول المالكية[٣].

القول الرابع: أنه يجب التصدق بها.

وهو قول الحنفية[٤]، ورواية عن أحمد[٥].

وعلى القول بأنه يتصدق بها وجب أن يخرجها فوراً، فإن لم يتمكن أوصى بها في جهات البر.

الحالة الثانية: المأخوذ بغير إذن الشارع ولكن برضا المالك، كالمال المُكتسب بطريق الميسر والقمار، أو الربا، أو الغناء، ونحو ذلك من المكاسب المُحرَّمة، **فلا يخلو من فرعين**:

الفرع الأول: أن يكون في ذمم الناس لم يقبض بعد، فهذا ليس له إلا رأس ماله، وما زاد من محرم فليس له أخذه، وعليه ليس له الوصية به.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٦].

---

(١) المهذب ١/ ٤٨٦، الحاوي الكبير ٧/ ٣٢٦.

(٢) مطالب أولي النهى ١/ ٢٦.

(٣) الاستذكار ٧/ ١٤٩، المنتقى ٤/ ٢٢، حاشية العدوي ٣/ ٣٧٢.

(٤) المبسوط ١٣/ ١٦٣، البناية ١٠/ ٢٣٢.

(٥) قواعد ابن رجب ص١٩٢.

(٦) الآية ٢٧٩ من سورة البقرة.

(٢٠٤) ولما رواه مسلم من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه قال: دخلنا على جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وفيه قول النبي ﷺ: «**وربا الجاهلية موضوع، وأوَّل ربًا أضع ربانا: ربا عباس بن عبد المطلب، فإنَّه موضوع كُلُّه**»[١].

الفرع الثاني: أن يكون هذا الكسب قد قبض.

أما بالنسبة للقابض لهذا المال إذا تاب وأناب:

فإن كان هذا القابض يعتقد صحة هذا العقد الربوي كالكافر الذي كان يتعامل بالربا قبل إسلامه، أو تحاكمه إلينا، وكالمسلم إذا عقد عقداً مختلفاً فيه بين العلماء، وهو يرى صحة هذا النوع بالاجتهاد أو التقليد، أو المسلم الذي يعامل، ولكنه يجهل ولا يعلم، وقد قبض بهذه المعاملة مالاً، فلما تبين له أن هذه المعاملة من الربا تاب منها[٢].

إذا كان الأمر ـ كما ذكر ـ فإنه يكون ملكاً لما قبضه؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾[٣]، وعليه فله الوصية به.

قال الشنقيطي رحمه الله: «قوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾، معنى هذه الآية الكريمة أن من جاءه موعظة من ربه يزجره بها عن أكل الربا فانتهى، أي: ترك المعاملة بالربا؛ خوفاً من الله تعالى وامتثالاً لأمره ﴿فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ أي: ما مضى قبل نزول التحريم من أموال الربا، ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أن الله لا يؤاخذ الإنسان بفعل أمر إلا بعد أن يحرمه عليه، وقد أوضح هذا المعنى في آيات كثيرة، فقد قال في الذين كانوا

---

(١) صحيح مسلم ـ كتاب الحج: باب حجة النبي ﷺ (١٢١٨).

(٢) ينظر: اقتضاء الصراط المستقيم ١/٣٤٨.

(٣) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

يشربون الخمر، ويأكلون مال الميسر قبل نزول التحريم: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا﴾[(١)] الآية.

وقال في الذين كانوا يتزوجون أزواج آبائهم قبل التحريم: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٢)]، أي: لكن ما سلف قبل التحريم فلا جناح عليكم فيه، ونظيره قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[(٣)].

وقال في الصيد قبل التحريم: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾[(٤)] الآية.

وقال في الصلاة إلى بيت المقدس قبل نسخ استقباله: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ﴾[(٥)]، أي: صلاتكم إلى بيت المقدس قبل النسخ.

ومن أصرح الأدلة في هذا المعنى: أن النبي ﷺ والمسلمين لما استغفروا لقربائهم الموتى من المشركين، وأنزل الله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَن يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ وَلَوْ كَانُوا أُولِي قُرْبَىٰ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُمْ أَصْحَابُ الْجَحِيمِ﴾[(٦)]، وندموا على استغفارهم للمشركين أنزل الله في ذلك: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ﴾[(٧)]، فصرح بأنه لا يضلهم بفعل أمر إلا بعد بيان اتقائه»[(٨)].

أما إذا كان القابض مسلماً متعمداً تلك المعاملة عالماً بأنه محرم، ثم

---

(١) من الآية ٩٣ من سورة المائدة.
(٢) من الآية ٢٢ من سورة النساء.
(٣) من الآية ٢٣ من سورة النساء.
(٤) من الآية ٩٥ من سورة المائدة.
(٥) من الآية ١٤٣ من سورة البقرة.
(٦) الآية ١١٣ من سورة التوبة.
(٧) من الآية ١١٥ من سورة التوبة.
(٨) أضواء البيان ١/ ١٨٨.

تاب بعدما تجمعت لديه الأموال المحرمة، فاختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في طريق التوبة من المكاسب المحرمة الحاصلة بعقود فاسدة، وقد استوفى الطرفان العوض، والمعوض على قولين:

القول الأول: أنه يجب على الكاسب التصدق به.

وبه قال شيخ الإسلام[١] ابن تيمية: «أصحهما أن لا نردها على الفساق الذين بذلوها في المنفعة المحرمة، ولا يباح الأخذ، بل يتصدق بها، وتصرف في مصالح المسلمين، كما نص عليه أحمد في أجرة حمل الخمر»[٢].

وحجته:

١ ـ أنه لا يجمع لمن استوفى المنفعة المحرمة بين العوض، والمعوض.

ونوقش: بأن هذه المكاسب المحرمة على ملك أصحابها؛ لأنها انتقلت بعقد فاسد.

٢ ـ أن هذه المكاسب حصلت بسبب خبيث، وما هذا حاله فسبيله التصدق به.

(٢٠٥) ٣ ـ ما رواه مسلم من طريق السائب بن يزيد، حدثني رافع بن خديج رضي الله عنه، عن رسول الله ﷺ قال: «**ثمن الكلب خبيث، ومهر البَغِي خبيث، وكَسْب الحَجّام خبيث**»[٣].

فإن النبي ﷺ حكم بخبث كسب الحجام، ولا يجب رده على دافعه.

القول الثاني: يجب أن يرد إلى مالكه.

وحجته: أنه عين ماله، ولم يقبضه الكاسب قبضاً شرعياً، ولا حصل لربه في مقابلته نفع مباح[٤].

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٢٩١.

(٢) اقتضاء الصراط المستقيم ٢/ ٥٤٩ ـ ٥٥٠.

(٣) صحيح مسلم في المساقاة: باب تحريم ثمن الكلب (٤٠٩٥).

(٤) مدارج السالكين ١/ ٤٢٢.

ونوقش:

قال ابن القيم: «وهب أن هذا المال لم يملكه الآخذ، فملك صاحبه قد زال عنه بإعطائه لمن أخذه، وقد سلم له ما في قبالته من النفع، فكيف يقال ملكه باق عليه ويجب رده إليه، وهذا بخلاف أمره بالصدقة به، فإنه قد أخذه من وجه خبيث برضى صاحبه وبذله له بذلك، وصاحبه قد رضي بإخراجه عن ملكه بذلك، وأن لا يعود إليه؟! فكان أحق الوجوه به صرفه في المصلحة التي ينتفع بها من قبضه، ويخفف عنه الإثم، ولا يقوى الفاجر به ويعان ويجمع له بين الأمرين.

وهكذا توبة من اختلط ماله الحلال بالحرام، وتعذر عليه تمييزه أن يتصدق بقدر الحرام، ويطيب باقي ماله، والله أعلم»[(١)].

قال ابن القيم: «المقبوض بالعقد الفاسد يجب فيه التراد من الجانبين، فيرد كل منهما على الآخر ما قبضه منه، كما في عقود الربا، وهذا عند من يقول: المقبوض بالعقد الفاسد لا يملك، فأما إذا تلف المعوض عند القابض وتعذر رده، فلا يقضى له بالعوض الذي بذله، ويجمع له بين العوض والمعوض، فإن الزاني واللائط ومستمع الغناء والنوح قد بذلوا هذا المال عن طيب نفوسهم، واستوفوا عوضه المحرم، وليس التحريم الذي فيه لحقهم، وإنما هو لحق الله، وقد فاتت هذه المنفعة بالقبض، والأصول تقتضي أنه إذا رد أحد العوضين يرد الآخر، فإذا تعذر على المستأجر رد المنفعة لم يرد عليه المال الذي بذله في استيفائها.

وأيضاً فإن هذا الذي استوفيت منفعته عليه ضرر في أخذ منفعته وعوضها جميعاً، بخلاف ما لو كان العوض خنزيراً أو ميتة، فإن ذلك لا ضرر عليه في

---

(١) مدارج السالكين ١/ ٤٢٢.

فواته، فإنه لو كان باقياً أتلفناه عليه، ومنفعة الغناء والنوح لو لم تفت لتوفرت عليه؛ بحيث يتمكن من صرفها في أمر آخر أعني القوة التي عمل بها»[١].

قال ابن القيم: «وإن كان المقبوض برضى الدافع وقد استوفى عوضه المحرم، كمن عاوض على خمر، أو خنزير، أو على زنى، أو فاحشة، فهذا لا يجب رد العوض على الدافع؛ لأنه أخرجه باختياره، واستوفى عوضه المحرم، فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض، فإن في ذلك إعانة له على الإثم والعدوان، وتيسير أصحاب المعاصي عليه، وماذا يريد الزاني وفاعل الفاحشة إذا علم أنه ينال غرضه ويسترد ماله، فهذا مما تصان الشريعة عن الإتيان به، ولا يسوغ القول به، وهو يتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر، ومن أقبح القبيح أن يستوفي عوضه من المزني بها، ثم يرجع فيما أعطاها قهراً، وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء، فلا تأتي به شريعة، ولكن لا يطيب للقابض أكله، بل هو خبيث، كما حكم عليه رسول الله ﷺ، ولكن خبثه لخبث مكسبه لا لظلم من أخذ منه، فطريق التخلص منه وتمام التوبة بالصدقة به»[٢].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أنه يتصدق به؛ لقوة دليله.

وعلى القول بأنه يتصدق بها جاز أن تجعل وصية على جهات البر إذا لم يمكن إخراجها فوراً.

فإن كان السبب فقيراً جاز أن يأخذ قدر حاجته من هذا المال.

قال النووي: «وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيراً؛ لأن

---

(١) أحكام أهل الذمة ١/ ٥٧٥.

(٢) زاد المعاد ٥/ ٧٧٩.

عياله إذا كانوا فقراء، فالوصف موجود فيهم، بل هم أولى من يتصدق عليه، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته؛ لأنه أيضاً فقير»[١].

وقال شيخ الإسلام: «فإن تابت هذه البغي وهذا الخمّار وكانوا فقراء جاز أن يصرف إليهم من هذا المال مقدار حاجتهم، فإن كان يقدر يتّجر أو يعمل صنعة كالنسج والغزل أعطي ما يكون له رأس مال، وإن اقترضوا منه شيئاً ليكتسبوا به ولم يردوا عِوَضَ القرض كان أحسن»[٢].

فإن لم يتب من كسبه محرماً، فلا يخلو من فرعين:

الفرع الأول: أن يكون جميع مال الموصي محرماً فلا تصح وصيته؛ لما تقدم من أنه يشترط أن تكون الهبة مالاً شرعياً.

الفرع الثاني: أن يكون ماله مختلطاً من الحلال والحرام:

فاختلف العلماء في قبول تبرعه، وعلى هذا صحة وصيته على أقوال أربعة:

القول الأول: أنه يكره قبول تبرعه قل الحرام أو كثر.

وبه قال بعض المالكية، وهو قول الشافعية، وهو مذهب الحنابلة[٣].

القول الثاني: أنه يجوز قبول تبرعه إذا غلب الحلال على الحرام، إذا لم يتيقن أن ما قدم له من عين الحرام.

وبه قال ابن قاسم من المالكية[٤]، وقول عند الحنابلة[٥].

القول الثالث: يجوز قبول تبرعه، قل الحرام أو كثر.

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٤٢٨.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٣٠٩.

(٣) فتاوى ابن رشد ١/ ٦٤٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٧، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٢/ ٢٢٨.

(٤) الذخيرة ١٢/ ٣١٧.

(٥) الإنصاف مع الشرح الكبير ٢١/ ٣٢٨.

وبه قال الشوكاني[١].

القول الرابع: يحرم قبول تبرعه مطلقاً، قل الحرام أو كثر.

وبه قال بعض المالكية، وقول عند الحنابلة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق عامر قال: سمعت النعمان بن بشير ﵄ يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات: كراع يرعى حول الحمى، يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة: إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب**»[٣].

وجه الدلالة: أنه إذا وقع الاشتباه في هذا المتبرع به، فالأولى للمسلم أن يستبرئ دينه وعرضه ويتركه مخافة أن يكون حراماً، فبما أن الحديث يطلب الاستبراء دون النهي الدال على التحريم كان القول بالكراهة أقرب.

٢ ـ أن الأصل في هذا الشيء المتبرع به الإباحة، والحرام محتمل، ولا يثبت التحريم بمجرد الاحتمال.

٣ ـ أن الحرام لما اختلط بماله صار شائعاً فيه، فإذا قبل تبرعه كان ذلك من المتشابه الممنوع منه على وجه التوقي كان مكروهاً.

---

(١) السيل الجرار ٣/١٨.

(٢) المصادر السابقة للمالكية والحنابلة.

(٣) صحيح البخاري ـ كتاب الإيمان: باب فضل من استبرأ لدينه (٥٢)، ومسلم ـ كتاب المساقاة: باب أخذ الحلال (١٥٩٩).

دليل القول الثاني:

استدل لهم بقول الله ﷻ: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[١].

وجه الدلالة: أن الخمر والميسر حرما مع أن فيهما منافع للناس، وسبب التحريم أن إثمهما أكبر من نفعهما، كذلك هنا لما غلب الحرام حرم قبول التبرع، أما إذا غلب الحلال حل قبول التبرع اعتباراً بالغالب[٢].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يعسر ضبط القليل والكثير.

دليل القول الثالث:

(٢٠٦) ١ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن هشام بن زيد، عن أنس بن مالك رضي الله عنه: «**أن يهودية أتت النبيَّ ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها، فجيء بها، فقيل: ألا نقتلها؟ قال: لا، فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله ﷺ**»[٣].

٢ ـ أن الصحابة رضي الله عنهم بعد الخلافة الراشدة يأخذون العطايا ممن جاءت بعد الخلفاء رضي الله عنهم ممن تولى أمر المسلمين مع تلبسهم بشيء مما لا يبيحه الشرع[٤].

دليل القول الرابع:

أن الحرام لما اختلط بماله صار شائعاً فيه، فإذا عامله في شيء منه فقد دخل في جزء من الحرام[٥].

---

(١) من آية ٢١٩ من سورة البقرة.

(٢) أحكام المال الحرام ص٢٤٨.

(٣) صحيح البخاري ـ كتاب الهبة وفضلها: باب قبول الهدية من المشركين (٢٤٧٤)، ومسلم ـ كتاب السلام: باب السُّم (٢١٩٠).

(٤) ينظر: السيل الجرار ٣/ ١٩.

(٥) فتاوى ابن رشد ١/ ٦٣٤.

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه مخالف لما تقدم عن النبي ﷺ من قبول هدايا الكفار.

الثاني: عدم التسليم، فإنه لا يتيقن أنما أخذه من المال الحرام، وأيضاً هو يوقع في الحرج والمشقة.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ جواز قبول تبرع من اختلط ماله بالمال الحرام، وفي الكراهة تردد، والله أعلم، وعلى هذا تصح وصيته.

❀ ❀ ❀

المطلب الثاني
الوصية بالمختص، كالكلب ونحوه

المختص: كل ما جوز الشارع الانتفاع به، ولم يرخص في بيعه.

اتفق الأئمة الأربعة على صحة الوصية بالكلب المأذون في اقتنائه، ككلب الصيد ونحوه[1].

ويدل لذلك:

(٢٠٧) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**من أمسك كلباً، فإنه ينقص كل يوم من عمله قيراط، إلا كلب حرث أو ماشية**»، قال ابن سيرين، وأبو

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٢، والشرح الصغير ٤/ ٥٨١، وحاشية الجمل ٣/ ٤٨١، كشاف القناع ٤/ ٣٦٨.

صالح، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: **«إلا كلب غنم أو حرث أو صيد»**، وقال أبو حازم: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: **«كلب صيد أو ماشية»**[١].

وعبر عنه الحنفية كونه متقوماً:

والمقصود بالمتقوم: ما يحل الانتفاع به شرعاً.

وعبر عنه المالكية بما يصح تملكه[٢]، فيدخل في ذلك الكلاب المأذون في اتخاذها للصيد أو الحراسة، والزيت المتنجس؛ لجواز الانتفاع به في غير المسجد، وما شابه ذلك، ولا تجوز الوصية بما لا يجوز الانتفاع به شرعاً، كالخمر والخنزير والكلاب غير المأذون في اتخاذها؛ لأن الوصية تمليك، وهذه لا يصح تملكها شرعاً.

فرع:

ذكر الحنفية: أنه يشترط أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك، وفسروه بأن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود أو بالإرث؛ لأن الوصية تمليك، وما لا يقبل التمليك لا يصح الإيصاء به.

وفرعوا عليه صحة الوصية بالثمار الموجودة والمعدومة، والحمل الموجود في البطن؛ لأنها أشياء يصح تملكها بالعقد أو بالإرث.

كما فرعوا عليه منع الوصية بالحمل غير الموجود؛ لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود، وخالفهم الجمهور فأجازوا الوصية به[٣].

وجعل المالكية، والشافعية: مكان هذا الشرط أن يقبل النقل من شخص

---

(١) صحيح البخاري ـ كتاب المزارعة: باب اقتناء الكلب للحرث (٢٣٢٢)، وأخرجه مسلم بنحوه عن (ابن عمر) ـ كتاب المساقاة: باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه (٤١٠٦).

(٢) انظر: البهجة ٢/ ٢٨٥.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٤٦، الوصايا والتنزيل ص٣٢١.

إلى شخص آخر بوجه من وجوه النقل، كلحم الأضحية وجلدها والمجهول والمعجوز عن تسليمه، وما فيه غرر؛ لأنها تقبل النقل بالإرث والتبرع.

فإن كان لا يقبل النقل فلا تصح الوصية به، مثل الحبس، وحق الاختصاص بسكنى المدارس، والجلوس في الأسواق، والمساجد، والشفعة، فإن هذه الأشياء لا تصح الوصية بها؛ لأنها لا يصح نقلها من مستحقها إلى غيره.



المبحث الثالث
الشرط الثالث: اشتراط القربة لصحة الوصية

الأصل في الوصية أن يقصد بها التقرب إلى الله تعالى بذلك.

كالوصية ببر ذوي الأرحام وصلتهم من غير الوارثين، والوصية ببناء مسجد أو مدرسة علم، ونحو ذلك.

وقد اختلف العلماء رحمهم الله في صحة الوصية فيما ليس قربة من المباحات على قولين:

القول الأول: عدم اشتراط القربة لصحة الوصية.

وإلى هذا ذهب الجمهور: فهو مذهب الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

القول الثاني: اشتراط القربة لصحة الوصية.

وهذا قول شيخ الإسلام.

قال رَحِمَهُ اللهُ: «فأما الأعمال التي ليست طاعة لله ورسوله فلا ينتفع بها الميت بحال، فإذا اشترط الموصي أو الواقف عملاً أو صفة لا ثواب فيها

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٩٢، ٧٣٨.

(٢) الذخيرة ٧/ ١٥٦، شرح الخرشي ٨/ ١٦٨.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٤٠، شرح المحلي مع حاشية القليوبي ٣/ ١٥٧.

(٤) الفروع ٤/ ٥٨٧، الإنصاف ٧/ ٢٣٧.

كان السعي في تحصيلها سعياً فيما لا ينتفع به في دنياه ولا في آخرته، ومثل هذا لا يجوز»[١].

الأدلة:

دليل القول الأول: (عدم اشتراط القربة):

أن الوصية من باب العطايا لا من باب الصدقات، والهبة تصح بغير قصد القربة.

ويناقش: بعدم التسليم بأن الوصية عطية محضة ليست من قبيل الصدقة؛ لما يأتي.

دليل القول الثاني: (الوصية لابد من كونها قربة):

١ ـ أن الله تعالى قد أوجب الوصية بقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[٢].

والمأمور به شرعاً هو قربة، فإذاً لا تصح الوصية لغير قصد القربة.

فإن قيل: قد نسخ الأمر بها مع نزول المواريث.

فيقال: إن النسخ هنا غير متفق عليه كما سبق، بل الصحيح أن الأمر بالوصية باق لغير الوارث، إما أمر إيجاب، أو أمر ندب، بحسب الحال.

وحتى على القول بالنسخ، فإن الاستدلال صحيح؛ لأن الوصية إذا كانت مأمورا بها في أول الأمر، فهو دليل كونها قربة.

٢ ـ أن النبي ﷺ سماها صدقة في حديث أبي الدرداء رضي الله عنه بقوله: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم**»[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٤٦.

(٢) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٤).

وقد سمى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الوصية صدقة بقوله للنبي ﷺ: «أفأتصدق بثلثي مالي؟...» الحديث[١].

٣ ـ أن العمل إذا لم يكن قربة لم يكن الموصي مثاباً على بذل المال فيه، فيكون قد صرف المال فيما لا ينفعه بعد مماته.

والإنسان قد يبذل المال لمنفعة دنيوية فلا يلام على ذلك ما دام في حدود المباح، ولكن ماذا يستفيد الموصي ببذل المال فيما لا قربة فيه؟؛ لأن الوصية لا تكون إلا بعد الموت، فإذاً لابد أن تكون قربة تنفعه في الآخرة.

ونوقشت هذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول: أن كون الوصية قربة أكمل، وكونها في مباح لا محذور منه؛ إذ الأصل الحل.

الوجه الثاني: أن كون الميت لا ينتفع بها غير مسلم، بل الموصى له ينتفع بها، وإذا حصل نفع الموصى له تبع ذلك نفع الموصي.

سبب الخلاف: تردد الوصية بين الهبة، والوقف.

الترجيح:

الأرجح في هذة المسألة أن الوصية تصح فيما ليس قربة؛ إذ إلحاقها بالهبة أولى من إلحاقها بالوقف ـ والله أعلم ـ.



(١) تقدم تخريجه برقم (٣).

المبحث الرابع
الشرط الرابع: أن يكون الموصى به متحقق الحياة

وذلك كالوصية بالحمل:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
حكم الوصية بالحمل

اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في حكم الوصية بالحمل على قولين:

القول الأول: صحة الوصية بالحمل بشرطه كما سيأتي.

وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية[١].

وحجته:

١ ـ عموم أدلة الوصية[٢].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق وتكملة فتح القدير ١٠/ ٤٣٢، جاهر الإكليل ٢/ ٣٢٠، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٤، روضة الطالبين ٥/ ١١٢، قليوبي وعميرة ٣/ ٢٤٤، المغني ٨/ ٤٥٨، شرح الزركشي ٤/ ٣٨٢.

(٢) ينظر: التمهيد.

٢ ـ لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية، فجرى مجرى إعتاق الحمل[١].

القول الثاني: عدم صحة الوصية بحمل الأم.

وبه قال بعض الحنابلة[٢].

ولعل حجته: ما يترتب على الوصية من التفريق بين الأم وولدها.

ويأتي في شروط صحة الوصية بالحمل.



المطلب الثاني
شروط الوصية بالحمل

اشترط العلماء رحمهم الله للوصية للحمل شروطاً:

الشرط الأول: أن يكون موجوداً حال الوصية؛ لأنه إذا لم يكن موجوداً حال الوصية لم تتعلق الوصية به.

وهذا قول جمهور أهل العلم[٣].

وذهب بعض الحنفية كأبي الليث أنه المعتبر وجوده وقت موت الوصي[٤].

وحجته: أنه تمليك بعد الموت، فلابد من وجوده إذ ذاك.

---

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٤٢.

(٢) الإنصاف مع الشرح الكبير١٧/ ٣٤٢.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) بدائع الصنائع ٨/ ٢٢٨، المبسوط ٢٧/ ٨٦، تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٣٢، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٨٦، روضة الطالبين ٥/ ١١٢، حاشية الجمل ٦/ ١٢٩، المبدع ٥/ ٢٦٧.

وذهب آخرون من الحنفية: إلى أن المعتبر وجوده حال الوصية وحال الموت[١].

الشرط الثاني: أن ينفصل حياً، فإن انفصل ميتاً لم تصح الوصية.

ونص الشافعية: على أنه إن انفصل بجناية عليه، فتنفذ الوصية في بدله[٢].

الشرط الثالث: ألا يترتب على الوصية تفريق بين الأم، وولدها.

اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في حكم الوصية إذا ترتب عليها تفريق بين الأم وولدها على قولين:

القول الأول: إلحاق الوصية بالبيع في منع التفريق، وعليه فلا تصح الوصية بالحمل منفرداً عن أمه.

وبهذا قال الحنفية[٣]، وهو قول عند الشافعية[٤]، وهو قول شيخ الإسلام.

القول الثاني: جواز الوصية بالحمل دون أمه.

وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة[٥]، لكن عند الإمام مالك يجبر الموصى له أن يجمع بينهما.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

(٢٠٨) ١ ـ ما رواه الترمذي من طريق حيي بن عبد الله، عن أبي

---

(١) المصادر السابقة للحنفية.

(٢) السراج الوهاج ص٣٧٧.

(٣) فتح القدير ٦/ ٤٧٩، البحر الرائق ٦/ ١٠٩.

(٤) المجموع ٩/ ٣٠.

(٥) المدونة ١٠/ ٢٨٤، الفواكه الدواني ٢/ ٨٧، شرح المحلى ٢/ ١٨٥، المغني ٦/ ٣٧٠.

عبد الرحمن الحبلي، عن أبي أيوب ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**»(١).

(٢٠٩) **٢** ـ ما رواه ابن ماجه من طريق إبراهيم بن إسماعيل، عن طليق ابن عمران، عن أبي بردة، عن أبي موسى ﷺ قال: «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها، وبين الأخ وبين أخيه»(٢).

(٢١٠) **٣** ـ ما رواه أبو داود: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسحاق بن منصور، حدثنا عبد السلام بن حرب، عن يزيد بن عبد الرحمن، عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي أنه فرق بين جارية وولدها «فنهاه النبي ﷺ عن ذلك، ورد البيع»(٣).

---

(١) سنن الترمذي (١٥٦٦، ١٢٨٣).
وأخرجه أحمد ٥/ ٤١٢(٢٣٨٩٥) و ٥/ ٤١٤(٢٣٩١٠) من طريق حُيَي بن عبد الله المعافري،
والدارمي (٢٤٧٩) من طريق عبد الله بن جُنَادَة،
كلاهما (حُيَي، وعبد الله بن جُنَادَة) عن أبي عبد الرحمن الحُبُلِي، فذكره...
قال الترمذي: وفي الباب عن علي، وهذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم كرهوا التفريق بين السبي بين الوالدة وولدها، وبين الولد والوالد وبين الإخوة. قال أبو عيسى: قد سمعت البخاري يقول: سمع أبو عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الأنصاري ا. هـ. والحديث لا بأس بإسناده لاسيما طريق الدارمي.

(٢) سنن ابن ماجه (٣٢٥٠).
قال البوصيري (٣/ ٣٢): «هذا إسناد ضعيف؛ لضعف طليق بن عمران، وإبراهيم بن إسماعيل».

(٣) سنن أبي داود (٢٦٩٦).
وهذا الخبر اختلف فيه على الحَكم:
فرواه عنه يزيد بن خالد الدالاني كما عند أبي داود،
ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن والآثار ٧/ ٧٩، والسنن الكبرى ٩/ ١٢٦، =

. . . .

= والدارقطني في سننه ٣/ ٦٦، والحاكم في المستدرك ٢/ ٥٥،
وأبو مريم عبد الغفار بن القاسم كما عند البيهقي في سننه ٩/ ١٢٦،
والحجاج بن أرطاة كما عند الترمذي في جامعه ١٢٨٤، وابن ماجه في سننه ٢٢٤٩، والإمام أحمد في مسنده ١/ ١٠٢، والبيهقي في سننه الكبرى ٩/ ١٢٧، وأبو داود الطيالسي في مسنده ١/ ١٥٣، والدارقطني في سننه ٣/ ٦٦،
ثلاثتهم عن الحكم عن ميمون، به.
وعندهم «غلامين آخرين» وقال الترمذي: حديث حسن غريب.
ورواه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الحكم، عن علي، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/ ٥٢٦،
ورواه زيد بن أبي أنيسة ـ كما عند ابن الجارود في المنتقى ٢/ ١٦٣، والضياء في المختارة ٢/ ٢٧٣،
وشعبة بن الحجاج ـ كما عند الدارقطني في سننه ٣/ ٦٥، والحاكم في المستدرك ٢/ ٥٣، والبيهقي في سننه الكبرى ٩/ ١٢٧، والضياء في المختارة ٢/ ٢٧٢،
كلاهما (زيد بن أبي أنيسة، وشعبة) عن الحكم بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي. . . به
وقال الحاكم: «هذا حديث غريب صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».
وأشار البيهقي في سننه إلى شذوذ هذا الإسناد عن شعبة، وسيأتي كلامه إن شاء الله.
ورواه سعيد بن أبي عروبة، واختلف عليه فيه،
فرواه عنه محمد بن جعفر غندر ـ كما عند الإمام أحمد في مسنده ١/ ٩٧ ومن طريقه أخرجه الضياء في المختارة ٢/ ٢٧١،
وعبد الوهاب بن عطاء الخفاف ـ كما عند البزار في مسنده ٢/ ٢٢٧، والبيهقي في سننه الكبرى ٩/ ٢٢٧،
كلاهما (محمد بن جعفر، وعبد الوهاب بن عطاء) عن سعيد بن أبي عروبة، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي. . . به.
وقال البزار عقبه: «وهذا الحديث لا نعلم من رواه عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى إلا. . . عبيد الله (وهو العزرمي، وهو متروك) وسعيد بن أبي عروبة لم يسمع من الحكم شيئاً، وروى هذا الحديث غير الحسن بن محمد عن عبد الوهاب، عن سعيد بن=

. . . .

= أبي عروبة، عن رجل، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى.
ورواه أبو خالد الدالاني، والحجاج بن أرطاة، عن الحكم عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي رضي الله عنه.
ورواه عنه محمد بن سوار كما عند إسحاق بن راهويه بواسطة نصب الراية ٤/ ٢٦، والبيهقي في السنن الكبرى ٩/ ١٢٧،
وعبد الوهاب بن عطاء الخفاف كما عند الإمام أحمد في مسنده ٨/ ١٢١، ومن طريقه البيهقي في سننه ٩/ ١٢٧،
كلاهما (محمد بن سوار، وعبد الوهاب بن عطاء) عن سعيد، عن رجل، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي رضي الله عنه به.
ولعل هذا هو الصحيح عن سعيد بن أبي عروبة، فأئمة الحفاظ يكادون يتفقون على أن سعيد لم يسمع من الحكم - فلا أعلم أحداً منهم أثبت سماعه منه، وممن نص على ذلك الإمام أحمد، والفلاس، وأبو حاتم، والنسائي، والدارقطني، والبزار (المراسيل لابن أبي حاتم (٦٩)، الكامل لابن عدي ٣/ ٣٩٦، الضعفاء ٢٦٣، البحر الزخار ٢/ ٢٢٧، العلل ٣/ ٢٧٣).
ولعل هذا الطريق هو الذي أشار البزار إلى صحته حيث يقول: «وروى هذا الحديث غير الحسن بن محمد عن عبد الوهاب عن سعيد بن أبي عروبة عن رجل عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى».
على أنه قد اختلف على عطاء على ثلاثة أوجه:
رواه عنه إسماعيل بن أبي الحارث كما عند الدارقطني في سننه ٣/ ٦٥،
ويحيى بن أبي طالب كما عند الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٤، والضياء في المختارة ٢/ ٢٧٢،
ومحمد بن الجهم كما عند البيهقي ٩/ ١٢٧.
ثلاثتهم (إسماعيل بن الحارث، ويحيى بن أبي طالب، ومحمد بن الجهم) عن عبد الوهاب بن عطاء، عن شعبة، عن الحكم، عن عبد الرحمن، عن علي رضي الله عنه . . . به.
رواه عنه الحسن بن محمد الزعفراني كما عند البزار في مسنده ٢/ ٢٢٧، والبيهقي في سننه ٩/ ١٢٧ عن عبد الوهاب عن سعيد عن الحكم عن عبد الرحمن عن علي =

. . . .

= رضي الله عنه . . . به.

ورواه الإمام الإمام أحمد كما في مسنده ١/ ١٢٦، ومن طريقه أخرجه البيهقي ٩/ ١٢٧، عن عبد الوهاب عن سعيد عن رجل عن الحكم عن عبد الرحمن عن علي رضي الله عنه . . . به.

وهذا الطريق هو الصحيح والله أعلم؛ وذلك لقوة الإمام أحمد وإتقانه وحفظه، وإن كان الطريق الأول أكثر عدداً، إلا أنهم مع كثرة عددهم لا يبلغون درجة الإمام أحمد في الحفظ والإتقان.

وأمر آخر وهو أن الأئمة رجحوا رواية من رواه عن عبد الوهاب عن سعيد، والطريق الأول فإنه فيما يظهر أنه شاذ؛ وذلك أنه لم يروه أحد من أصحاب شعبة الكبار عنه، وهذا غندر وهو من أخص الناس لشعبة، ومع ذلك لم يرو هذا الخبر عنه، وإنما رواه عن سعيد بن أبي عروبة، ولذلك رجح الوجه الثالث الإمام أبو الحسن الدارقطني، وقال في العلل ٣/ ٢٧٥: «وغيرهما يرويه عن عبد الوهاب عن سعيد وهو المحفوظ».

وقال عبد الله بن إسحاق الخراساني عن الطريق الثالث: وهو الصواب، (سنن البيهقي الكبرى ٩/ ١٢٧) وقال البيهقي عن الطريق الثالث أيضاً: «وهذا أشبه، وسائر أصحاب شعبة لم يذكروه عن شعبة، وسائر أصحاب سعيد قد ذكروه عن سعيد هكذا». المصدر السابق

وقال البيهقي أيضاً في معرفة السنن والآثار ٧/ ٧٩: «وقيل عن شعبة عن الحكم وهو وهم».

وأما قول ابن القطان ـ رحمه الله ـ في بيان الوهم والإيهام ٥/ ٣٩٦: ورواية شعبة صحيحة لا عيب فيها، وأنها أقوى ما اعتمد في هذا الباب.

ففي هذا القول نظر؛ لما تقدم في الكلام على رواية شعبة، وأنه انفرد بها عبد الوهاب الخفاف، وأبو الحسن بن القطان على جلاله قدره، وعظيم منزلته، ليس له كبير اهتمام في الأعم الغالب بمسألة العلل والشذوذ والنكارة، فكثير ما ينحو في ذلك ما نحا ابن حزم رحمه الله، ولذلك عابه على هذه المنهج جمع من العلماء كالذهبي، حيث يقول كما في نقد بيان الوهم والإيهام ص٧١: وقاعدة ابن القطان كابن حزم وأهل الأصول، =

. . . .

= يقبل ما روى الثقة سواء خولف أو رفع الموقوف أو وصل المرسل. اهـ.
ومن تصفح كتابه الوهم والإيهام اتضح له ذلك جلياً، فهو يقول في معرض رده على عبد الحق: ورأيته في كتابه الكبير لم يزد فيما علله به على أن قال خولف زيد في هذا، والصواب: أنه من قول أبي الدرداء ذكر ذلك الدارقطني في سننه، ثم قال ابن القطان بعد ذكره طرق الحديث المشار إليه: (وهم ما أرى الإمام إذا أم القوم إلا قد كفاهم) فإذاً ليس فيه أكثر من أن ابن وهب وقفه، وزيد بن الحباب رفعه، وهو أحد الثقات، ولو خالفه في رفعه جماعة ثقات فوقفه ما ينبغي أن يحكم عليه في رفعه إياه الخطأ، فكيف ولم يخالفه واحد. اهـ بيان الوهم والإيهام ٣/ ٣٧٠.
فهذا النموذج واحد من تصرف ابن القطان ومخالفته للأئمة الحفاظ أرباب العلل.
وبعد هذه الدراسة السريعة تلخص - والله أعلم -: أن أصح الطرق طريق زيد بن أبي أنيسة عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي ﷺ.
ولذلك صحح هذا الطريق الضياء في المختارة، وقواه ابن الجارود.
وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق ٤/ ٩٧: وقد رواه أبو بكر بن أبي عاصم، عن محمد بن علي بن ميمون، عن سليمان بن عبيد الله، عن عبيد الله بن عمرو، عن زيد ابن أبي أنيسة، عن الحكم.
وهنا الإسناد لا بأس به، وسليمان: صدقه أبو حاتم.
وقال ابن الملقن في البدر المنير ٦/ ٥٢٣: «ورواه ابن أبي عاصم، عن محمد بن علي بن ميمون، عن سليمان بن عبيد الله، عن عبيد الله بن عمرو، عن زيد بن أبي أنيسة، عن الحكم، وهذا إسناد جيد، وسليمان: صدقه أبو حاتم».
وأما رواية ميمون بن أبي شبيب عن علي فإنها منقطعة.
قال أبو داود عقب روايته لهذا الخبر: ميمون لم يدرك علياً.
وكذلك قال: قال أبو حاتم: فإن رواية ميمون عن علي مرسلة. تحفة التحصيل (٥٣١).
وبهده العلة أعله الخطابي في معالم السنن ٢/ ٢٥٤.
ولذلك ابن الملقن رد على الترمذي قوله: هذا حديث حسن غريب، قال: وفيه نظر؛ فإن مداره على الحجاج هذا، وهو ضعيف... ولأنه مرسل، فإن ميموناً لم يدرك علياً. =

(٢١١) ٤ ـ ما رواه أحمد: حدثنا وكيع، حدثنا سفيان، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يؤتى بالسبي، فيعطي أهل البيت جميعاً، كراهية أن يفرق بينهم»[1].

= وأما متابعة عبد الغفار بن القاسم له، فإنه لا يعتد بها، فقد قال ابن المديني عنه: كان يضع الحديث المغني ٢/ ٣ فمثله لا يعول عليه.

وأما رواية يزيد بن عبد الرحمن فهي أحسن شيء؛ لأنه صدوق، ولذلك قال البيهقي كما في السنن الكبرى ٩/ ١٢٧: وحديث أبي خالد الدالاني عن الحكم أولى أن يكون محفوظاً لكثرة شواهده والله أعلم. وقال الحاكم: هذا متن آخر بإسناد صحيح.

ولكن يبقى الانقطاع بين ميمون وعلي.

وأما رواية الإمام أحمد عن عبد الوهاب، عن سعيد، عن رجل، عن الحكم، فإن فيها رجل مبهم فلا يحتج بهذه الرواية، ولذلك قال البيهقي في معرفة السنن ٧/ ٩٧: . . . من الرجل الذي رواه عنه.

وأما رواية محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى؛ فإن محمداً سيئ الحفظ، وقد خالف الثقات فلا يلتفت إلى روايته.

وأما الاختلاف فيه على الحكم هل هو عنه عن عبد الرحمن بي أبي ليلى عن علي رضي الله عنه، أم هو عنه عن ميمون عن علي رضي الله عنه؟.

فهنا اختلفت وجهة نظر الحفاظ، فبينما رجح الدارقطني في علله كلا الطريقين رجح الإمام أبو حاتم طريق الحكم عن ميمون.

قال الدارقطني في علله ٣/ ٢٧٤: ولا يمتنع أن يكون الحكم سمعه منهما جميعاً، فرواه مرة عن هذا، ومرة عن هذا، والله أعلم.

وقال ابن أبي حاتم في علله ١/ ٣٨٦: سألت أبي عن حديث رواه سليمان بن عبيد الرقي، عن عبيد الله بن عمرو، عن زيد بي أبي أنيسة، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي، فذكر الخبر. قال أبي: إنما هو الحكم عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي، عن النبي ﷺ.

(١) مسند أحمد (٣٦٩٠)،

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧١٩٢)، وابن ماجه (٢٢٤٨) من طريق وكيع، به.

=

بل قد جاء ما يمنع التفريق في البهائم:

(٢١٢) روى أبو داود من طريق أبي إسحاق الشيباني عن الحسن بن سعد، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فانطلق لحاجته، فرأينا حمرة معها فرخان، فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة فجعلت تفرش، فجاء النبي ﷺ فقال: **«من فجع هذه بولدها؟ ردوا ولدها إليها» ورأى قرية نمل قد حرقناها فقال: «من حرق هذه»؟ قلنا: نحن، قال: «إنه لا ينبغي أن يعذب بالنار إلا رب النار»**[1].

= وأخرجه عبد الرزاق (١٥٣١٥) عن سفيان الثوري، به.

وأخرجه الطيالسي (٣٩٨)، ومن طريقه البيهقي في السنن (٩١٢٨) عن أبي عوانة، وشيبان، وقيس،

وعبد الرزاق (١٥٣١٥) عن معمر،

أربعتهم عن جابر، به.

وأخرجه الطيالسي (٢٨٨) ومن طريقه البيهقي في السنن (٩١٢٨) عن شيبان، عن جابر، عن عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه، عن عبد الله.

الحكم على الحديث:

إسناده ضعيف؛ لضعف جابر الجعفي، وعبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود لم يسمع من أبيه إلا اليسير، وله شاهد من حديث علي برقم (٢١٠).

(١) سنن أبي داود (٢٦٧٥، ٥٢٦٨).

وأخرجه الطبراني في الكبير (١٠٣٧٦)، والحاكم (٤٢٣٩) من طريق أبي إسحاق الشيباني،

والطبراني في الكبير (١٠٣٧٥) من طريق أبي خالد الداراني،

كلاهما (أبو إسحاق، وأبو خالد) عن الحسن بن سعد، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن أبيه عبد الله.

الحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه إلا شيئاً يسيراً.

وأخرجه أحمد (٣٨٣٥) من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، به، وهو=

(٢١٣) وما رواه أبو داود من طريق محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق قال: حدثني رجل من أهل الشام، يقال له: أبو منظور، عن عمه، قال: حدثني عمي، عن عامر الرام أخي الخضر ـ قال أبو داود: قال النفيلي: هو الخضر، ولكن كذا قال ـ . . . فبينا نحن عنده إذ أقبل رجل عليه كساء، وفي يده شيء قد التف عليه، فقال: يا رسول الله، إني لما رأيتك أقبلت إليك فمررت بغيضة شجر، فسمعت فيها أصوات فراخ طائر، فأخذتهن فوضعتهن في كسائي، فجاءت أمهن فاستدارت على رأسي، فكشفت لها عنهن فوقعت عليهن معهن فلففتهن بكسائي، فهن أولاء معي، قال: «**ضعهن عنك**» فوضعتهن، وأبت أمهن إلا لزومهن، فقال رسول الله ﷺ لأصحابه: «**أتعجبون لرحم أم الأفراخ فراخها؟**» قالوا: نعم، يا رسول الله ﷺ، قال: «**فوالذي بعثني بالحق، لله أرحم بعباده من أم الأفراخ بفراخها، ارجع بهن حتى تضعهن من حيث أخذتهن وأمهن معهن**» فرجع بهن[1].

ويمكن الاستدلال على المنع في البهائم أيضاً بعموم لفظ: «**بين والدة وولدها**».

وجه الدلالة: أن الأدلة غالبها عام، فيشمل جميع صور التفريق، ومن ذلك الوصية.

= ضعيف لإرساله.

وأخرجه موصولاً البخاري في الأدب المفرد (٣٨٢) من طريق طلق بن الغنام، والبيهقي في الدلائل ٦/ ٣٢ من طريق أبي داود،

طلق وأبو داود كلاهما عن المسعودي عن الحسن بن سعد، عن الرحمن، عن ابن مسعود.

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٨٩)، ولكنه ضعيف فيه مجاهيل.

أدلة القول الثاني: (عدم الإلحاق):

أن الوصية تكون بعد الموت، فلعل السبب يزول قبل الموت وذلك ببلوغ الصغير[١].

ونوقش: بأن هذا أمر محتمل موهوم، فلا يترك الأصل في التحريم من أجله[٢].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ عدم جواز الوصية إذا كان يترتب عليها تفريق بين الأم وولدها؛ لقوة دليل هذا القول، وضعف دليل القول الثاني بمناقشته.



(١) شرح المحلي مع حاشية القليوبي ٢/ ١٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٨.

(٢) فتح القدير ٦/ ٤٧٩.

المبحث الخامس
الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث

وفيه مطالب:

المطلب الأول
حكم الوصية بأزيد من الثلث

اتفق العلماء على عدم جواز الوصية بأزيد من الثلث.

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الوصايا مقصورة على ثلث مال العبد»[١].

وقال ابن حزم: «واتفقوا أن من لم يكن له قريب غير وارث، ولا أبواز لا يرثان، أنه يوصي لمن أحب بالثلث، أو بما يجوز له من الثلث، أنه يصح من ذلك ما يجوز من الثلث، ويبطل الزائد»[٢].

وقال ابن هبيرة: «وأجمعوا على أن الوصية بالثلث لغير الثلث جائزة، وأنها لا تفتقر إلى إجازة الورثة.

وأجمعوا على أن ما زاد على الثلث إذا أوصى به من ترك بنين، أو

---

(١) الإجماع ص٨٩.

(٢) مراتب الإجماع ص١١٢.

عصبة أنه لا ينفذ إلا الثلث، وأن الباقي موقوف على إجازة الورثه، فإن أجازوه نفذ وإن أبطلوه لم ينفذ»[١].

والأدلة على هذا: حديث سعد، وحديث عمران، وحديث أبي الدرداء رضي الله عنه[٢].



المطلب الثاني
حكم الوصية بأزيد من الثلث بعد وقوعها

للعلماء في هذه المسألة ثلاثة مذاهب[٣]:

القول الأول: أنها صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإن ردوها ردت، وإن اختلفوا فردها بعض وأجازها بعض آخر، فإن من أجازها تلزمه الزيادة بقدر نصيبه، ومن ردها لا يلزمه من الزيادة شيء.

وهو قول جمهور أهل العلم[٤].

القول الثاني: أنها وصية باطلة، ولا تجوز بإجازة الورثة، إلا أن يعطوه من مالهم.

---

(١) الإفصاح ٢/ ٧٠.
(٢) سبق تخريجها.
(٣) راجع الرهوني ٨/ ٢٤١ وما بعدها.
(٤) تكملة فتح القدير ١٠/ ٥٢٢، القوانين الفقهية ص٤٠٦، فتح العليل لمالك ١/ ٣٢٢، المهذب ١/ ٥٨٩، كفاية الأخيار ٢/ ٦٠، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٤٨، نيل المآرب ٣/ ٢٤٦.

وهو رأي المزني من الشافعية، وابن الماجشون من المالكية، وقول الظاهرية[١].

القول الثالث: أنها باطلة، إلا أن يجيزها الورثة، فتصح وتلزم.

وبه قال المالكية[٢].

وسبب الخلاف أمران:

الأول: اختلاف الأصوليين في دلالة النهي على الفساد وعدمه.

فمن رآه يدل على الفساد مطلقاً قال: ببطلانها؛ لأنه ﷺ نهى عنها، والنهي للفساد.

ومن رآه لا يدل على الفساد مطلقاً، أو لا يدل عليه إذا كان لأمر خارجي قال: بصحتها، ووقفها على إجازة الورثة؛ لأن النهي هنا لحق الورثة.

السبب الثاني: وهو اختلافهم في حكمة منع الوصية بأكثر من الثلث، فمن قال: المنع تعبدي قال: لا تصح، ومن رآه معقول المعنى وهو حق الورثة قال: بصحتها، ووقفها على إجازة الوارثين[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: **«إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[٤] الحديث.**

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٢٤، مواهب الجليل ٦/ ٤٩٦، مغني المحتاج ٤/ ٤٧.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

(٣) ينظر: الوصايا والتنزيل ص٣٤٢.

(٤) سبق تخريجه برقم ٣.

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثلث من أجل الورثة؛ لقوله ﷺ: «**إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس**».

وأيضاً: فإن كلمة «إن» نص ظاهر في التعليل.

كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة الورثة الخاصة غير بيت المال، ألا ترى إلى قول سعد رضي الله عنه: «**لا يرثني إلا ابنة لي**»، وإلى قوله ﷺ: «**ورثتك**» بالإضافة للمخاطب، وإلى قوله: «**يتكففون الناس**»، فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكفف.

٢ ـ قول ابن مسعود رضي الله عنه لبعض أهل الكوفة: «إنكم من أحرى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحماً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين»[1].

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى المنع لحق الوارث، فإذا لم يكن له وارث كان له الحق في أن يوصي ولو بماله كله في وجوه البر والخير.

٣ ـ أن حق الورثة تعلق بماله؛ لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهر في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره[2].

٤ ـ ما تقدم من الأدلة على منع الوصية لوارث.

أدلة القول الثاني:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ حديث عمران بن حصين رضي الله عنه: «**أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند**

(١) تقدم تخريجه برقم (١٨٨).

(٢) البحر الرائق ٨/ ٤٠٤.

موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»[١].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يجز تبرعه بما زاد عن الثلث، ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً[٢]، والوصية تبرع فتقاس على العتق.

ويمكن مناقشته: بأنه يحتمل أنه لم يكن له وارث، فرده النبي ﷺ نظراً لبيت مال المسلمين، أو أن الوارث لا يجيز ذلك ولا يرضاه، وهذا في الغالب.

٢ ـ حديث سعد ﷺ، وقول النبي ﷺ: «**الثلث والثلث كثير**»[٣].

ونوقش: بأن حديث سعد ﷺ لا يقتضي بطلان الوصية؛ لأنه ﷺ بين علة النهي، وهو أن المنع لحق الورثة حتى يستعينوا بما يتركه من مال عن سؤال الناس، وهذا استدعي عدم جواز التصرف في هذا الحق ما دام صاحبه متمسكاً به، أما إذا تنازل عنه وطابت به نفسه، فلا مانع من إنفاذه؛ لأنه أسقط حقه بنفسه.

٣ ـ ما رواه أبو الدرداء ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم**»[٤].

وجه الدلالة: قوله ﷺ: «**بثلث أموالكم**» يدل على أنه لا حق لنا في الزائد عليه.

ونوقش: بعدم ثبوت الحديث.

---

(١) تقدم تخريجه برقم (١٢).
(٢) فتح الباري ٥/ ٣٧٣.
(٣) سبق تخريجه برقم (٣).
(٤) سبق تخريجه برقم (٤).

٤ ـ ما رواه البخاري عن ابن عباس ﵄ قال: «**لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع، فإن الرسول ﷺ قال: الثلث، والثلث كثير**»[(١)]، فكيف بالزيادة.

ونوقش: بما نوقش به حديث سعد السابق ﵁.

٥ ـ أن المنع من الوصية للوارث أمر تعبدنا الله به على لسان رسوله ﷺ، وليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله ورسوله ﷺ.

ونوقش: بأنه غير مسلم؛ فلا يسلم من أن المنع من الوصية للوارث أمر تعبدي؛ إذ إن أحكام المعاملات شرعها الله لمصالح ومقاصد تعود بالخير والنفع على العباد.

وأن النبي ﷺ لم يأذن له في التبرع بأكثر من الثلث لأجل الورثة.

والراجح في نظري هو القول الأول؛ وذلك لأن المنع من الزيادة عن الثلث لأجنبي إنما هو لأجل حق الورثة، فإذا رضي الورثة بذلك فقد رضوا بإسقاط حقهم؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن هذا هو فهم السلف، كما تقدم عن ابن مسعود ﵁، ولما روى ابن سيرين عن عبيدة السليمان قال: «إذا مات الشخص وليس عليه عقد ولا حد ولا عصبة يرثونه، فإنه يوصي بماله كله حيث شاء»، والله تعالى أعلم.



(١) سبق تخريجه برقم (٣).

المطلب الثالث
الوصية بجميع المال لمن لا وارث له

اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تصح وصية من لا وارث له بزيادة عن الثلث، بل بجميع ماله.

وهو قول الحنفية، وقول للإمام مالك[١]، وقول للشافعية، ومذهب الحنابلة، والحسن البصري، وابن سيرين، وبه قال أبو عبيدة، ومسروق[٢]، وإسحاق[٣].

القول الثاني: لا تصح وصيته فيما زاد على الثلث.

وهو قول ثان للإمام مالك[٤] وهو المذهب، وقول الشافعي[٥]، ورواية عن الإمام أحمد، قال به الظاهرية، وهو قول الأوزاعي، وابن شبرمة، والعنبري[٦].

---

(١) البحر الرائق ٨/ ٤٠٣، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٠، الجامع الأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ٢٦١.
(٢) المغني ٨/ ٥١٦.
(٣) انظر: المقنع مع حاشيته ٢/ ٣٥٨.
(٤) انظر: المنتقى ٦/ ١٥٦، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٦١، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٨٠، التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٦/ ٤١٤.
(٥) المهذب ١/ ٤٥٧.
(٦) المقنع مع حاشيته ٢/ ٣٥٨.

وليس للإمام أن يجيزه؛ لأنه مال المسلمين، وهو قول زيد بن ثابت، وقيد بعض المالكية الخلاف بما إذا كان للمسلمين بيت مال، وكانت الوصية بما زاد على الثلث لأغنياء، أو جهة لا يصرفه الإمام فيها.

أما إذا كانت الوصية للفقراء، أو لجهة من الجهات التي يصرفه فيها الإمام، فإن الوصية بجميع المال تنفذ، ولا تعترض، كما أنه إذا لم يكن بيت مال منتظم فإن الوصية تنفذ للموصى له، وقيل: يعطى الموصى له الثلث والباقي للفقراء[1].

كما أجاز المالكية لمن لا وارث له أن يحتال على بيت المال لإخراج ماله في طاعة الله بأن يشهد في صحته بحقوق في ذمته من زكوات وكفارات تستغرق ماله، فإذا مات وجب تنفيذها ولو أتت على جميع التركة[2].

القول الثالث: أنها صحيحة في الجميع موقوفة على إجازة الإمام إن أجازها جازت، وإن ردوها لزمت في الثلث بناء على أن للإمام حق الإجازة.

وهو قول يروى عن أشهب من المالكية، وأنكره أصحابه[3].

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ﴾[4].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه ذكر الوصية هنا مطلقة، فجاءت السنة فقيدتها بالثلث لمن له وارث، فيبقى من لا وارث له على الإطلاق.

---

(١) الذخيرة ٧/ ٣٢ - ٣٥.

(٢) الدسوقي ٤/ ٤٥٨.

(٣) المعيار ٩/ ٥٣٣.

(٤) من الآية ١٢ من سورة النساء.

ونوقش: بأن التقييد بالثلث مطلقاً لمن له وارث، ومن لا وارث له.

٢ ـ حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «**إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**»[١].

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثلث من أجل الورثة؛ لقوله ﷺ: «**إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس**».

وأيضاً: فإن كلمة «**إن**» نص ظاهر في التعليل، كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة الورثة الخاصة غير بيت المال، ألا ترى إلى قول سعد: «**لا يرثني إلا ابنة لي**»، وإلى قوله ﷺ: «**ورثتك**» بالإضافة للمخاطب، وإلى قوله: «**يتكففون الناس**»، فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكفف.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن قوله: «**إنك إن تدع ورثتك...**» جملة مبتدأة قائمة بنفسها لا تعلق لها بما قبلها، وأنه ينبغي للشخص أن يراعي حال ورثته عند الوصية.

الثاني: أنه لو سلم أن العلة ما ذكر لجاز أن يوصي بأكثر من الثلث عند غنى الورثة، وأنهم لا يقولون بذلك.

٣ ـ أنه وارد عن علي رضي الله عنه[٢].

٤ ـ قول ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لبعض أهل الكوفة: «إنكم من أحرى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحماً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين»[٣]

---

(١) سبق تخريجه برقم (٣).

(٢) لم أقف عليه في كتب الآثار.

(٣) سبق تخريجه برقم (١٨٨).

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى المنع لحق الوارث، فإذا لم يكن له وارث وكان له الحق في أن يوصي ولو بماله كله في وجوه البر والخير.

٥ ـ أنه وارد عن ابن عباس رضي الله عنهما[١].

٦ ـ أنه لا حق لأحد فيه فلصاحبه أن يضعه حيث شاء، وإذا كان للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء، فكذلك لصاحبه من باب أولى.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق بأن الإمام قد أذن له في التصرف، وأما الميت فلم يأذن الله له إلا في الثلث فأقل.

٧ ـ ولأن بيت المال لا يسمى وارثاً لغة، ولا اصطلاحاً.

دليل القول الثاني:

١ ـ حديث عمران بن حصين رضي الله عنه **«أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»**[٢].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يجز تبرعه بما زاد عن الثلث ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً[٣]، والوصية تبرع فتقاس على العتق.

ويمكن مناقشته: بأنه يحتمل أنه لم يكن له وارث، فرده النبي ﷺ نظراً لبيت مال المسلمين، أو أن الوارث لا يجيز ذلك ولا يرضاه، وهذا في الغالب.

٢ ـ حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قول النبي ﷺ: **«الثلث والثلث كثير»**[٤].

ونوقش: بأن حديث سعد رضي الله عنه لا يقتضي بطلان الوصية؛ لأنه ﷺ بين

---

(١) لم أقف عليه في كتب الآثار.

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٢).

(٣) فتح الباري ٥/٣٧٣.

(٤) سبق تخريجه برقم (٣).

علة النهي، وهو أن المنع لحق الورثة حتى يستعينوا بما يتركه من مال عن سؤال الناس، وهذا يستدعي عدم جواز التصرف في هذا الحق ما دام صاحبه متمسكاً به، أما إذا تنازل عنه وطابت به نفسه، فلا مانع من إنفاذه؛ لأنه أسقط حقه بنفسه.

٣ ـ حديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم**»[(١)].

وجه الدلالة: قوله ﷺ: «**بثلث أموالكم**» يدل على أنه لا حق لنا في الزائد عليه.

ونوقش: بأنه لا يثبت.

٤ ـ ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع، فإن الرسول ﷺ قال: «**الثلث، والثلث كثير**»[(٢)] فكيف بالزيادة؟!

ونوقش: بما نوقش به حديث سعد السابق.

(٢١٤) **٥** ـ ما رواه أبو داود من طريق إسماعيل بن عياش، عن يزيد بن حجر، عن صالح بن يحيى بن المقدام، عن أبيه، عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**أنا وارث من لا وارث له، أفك عانيه، وأرث ماله، والخال وارث من لا وارث له، يفك عانيه ويرث ماله**»[(٣)].

---

(١) سبق تخريجه برقم (٤).

(٢) سبق تخريجه برقم (٩٣).

(٣) سنن أبي داود ـ كتاب الفرائض: باب في أرزاق الذرية (٢٨٩٩)، وأخرجه سعيد بن منصور (١٧٢)، وابن أبي شيبة ١١/ ٢٦٤، وأحمد ٤/ ١٣١، والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٥١٠، وابن ماجه (٢٧٣٨) في الفرائض: باب ذوي الأرحام، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٤/ ٥، والبيهقي ٦/ ٢١٤ من طرق عن شعبة، به.

٦ ـ أن الأصل في الوصية المنع؛ لأنها تصرف بعد الموت، خولف ذلك في الثلث بدليل دل على الجواز، فيبقى الزائد على الثلث ممنوعاً على الأصل، حتى يدل الدليل على الجواز، عملاً بقاعدة الاستصحاب وبقاء ما كان على ما كان[1].

٧ ـ أن له من يعقل عنه، وهو بيت مال المسلمين، فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث كمن له وارث[2].

والقائم على بيت المال لا يملك الإجازة؛ لأن نظره لبيت المال نظر مصلحة، وإجازة هذه الوصية إضرار ببيت المال.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القول بأن بيت المال وارث غير مسلم، فإنه

= وأخرجه أحمد ٤/ ١٣٣، وأبو داود (٢٩٠٠)، وابن ماجه (٢٦٣٤) في الديات: باب الدية عن العاقلة، فإن لم يكن عاقلة، ففي بيت المال، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٣٩٨، وفي شرح مشكل الآثار ٤/ ٥، والدارقطني ٤/ ٨٥ ـ ٨٦ و٨٦، وابن الجارود (٩٦٥)، والحاكم ٤/ ٣٤٤، والبيهقي ٦/ ٢١٤، والبغوي (٢٢٢٩) من طرق عن حماد بن زيد، عن بديل بن ميسرة، به.

وصححه الحاكم على شرط الشيخين، فتعقبه الذهبي بقوله: قلت: علي (يعني: ابن أبي طلحة) قال أحمد: له أشياء منكرات.

وأخرجه الطحاوي في شرح المعاني ٤/ ٣٩٧ ـ ٣٩٨ من طريق أبي وليد الطيالسي، عن شعبة، عن زيد العقيلي، عن راشد بن سعد، به.

وأخرجه أبو داود (٢٩٠١)، ومن طريقه البيهقي ٦/ ٢١٤: حدثنا عبد السلام بن عتيق الدمشقي، حدثنا محمد بن المبارك، حدثنا إسماعيل بن عياش، عن يزيد بن حجر، عن صالح بن يحيى بن المقدام، عن أبيه، عن جده، فذكره.

وفي التلخيص (١٣٤٥): «وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زُرعة: أنّه حديث حسن، وأعَلَّه البيهقي بالاضطراب، وَنُقِل عن يحيى بن معين أَنَّه كان يقول: ليس فيه حديث قوي».

(١) الذخيرة ٧/ ٣٢ ـ ٣٣.

(٢) المرجع السابق وحاشية الدسوقي ٤/ ٣٨٠، المهذب ١/ ٤٥٧.

حافظ لأموال المسلمين لتكون تحت تصرف الإمام يضعها حيث شاء في مصالحهم.

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف أمور ثلاثة:

الأول: هل النهي عن الوصية بأكثر من الثلث تعبد محض، أو معقول المعنى؟.

الثاني: هل بيت المال وارث، أو مجرد حائز غير وارث؟.

الثالث: تعارض الأدلة.

والأول هو الراجح في نظري؛ لأن المنع من الوصية بأكثر من الثلث نظراً للورثة كما تقدم تقريره، وكما هو فهم السلف، وهذا لا وارث له، فله أن يخص بماله من شاء، والله أعلم.



المطلب الرابع
وقت اعتبار الثلث

اتفق العلماء على أن المعتبر هو ثلث المال الباقي بعد مؤون التجهيز، وقضاء الديون التي على الميت؛ للإجماع على تقديمها على الوصية، ولأنهما من رأس المال، كما دلت على ذلك السنة النبوية في قضائه ﷺ بالدين قبل الوصية[1].

قال ابن حزم: «أول ما يخرج من رأس المال دين الغرماء، فإن فضل منه

(١) سبق تخريجه برقم (١٨).

شيء كفن منه الميت، وإن لم يفضل منه شيء كان كفنه على من حضر من الغرماء أو غيرهم. . . ، فإن فضلت فضلة من المال كانت الوصية في الثلث فما دونه لا يتجاوز بها الثلث»(١).

اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الموت.

وهو قول الشافعية، وبه قال الحنابلة، وقال ابن قدامة: «لا أعلم فيه خلافاً»(٢).

فيعطى ثلث التركة يوم الموت، أو ربعها إذا كانت الوصية بالثلث أو الربع، وهكذا، ولا ينظر إلى ما كان يملكه يوم الوصية.

وإذا كانت الوصية بمعين كدار، أو أرض، أو سيارة اعتبرت قيمته يوم الموت، فإذا كانت تخرج من الثلث يوم الموت نفذت الوصية، واستحق الموصى له وصيته، ولو صارت قيمته أكثر من الثلث بعد ذلك، كما أنه إذا هلك المال كله بعد الموت، وبقي الموصى به فقط، فإنه يعطى للموصى له، ولا شيء للورثة فيه، فإذا أوصى بدار تساوي يوم الموت ألفاً، وباقي التركة يساوي ألفين، فإن الدار كلها للموصى له؛ لخروجها من الثلث، فإذا ارتفعت قيمتها فصارت تساوي ألفين قبل القسمة، أو هلك بعض التركة، أو هبطت قيمتها، فإن الدار للموصى له؛ لأن المعتبر يوم الموت وكانت تساوي الثلث يومه.

كما أنه إذا كانت يوم الموت تساوي ألفين وباقي التركة يساوي ألفاً، فإنه يعطى نصف الدار فقط، فإذا هبطت قيمتها، أو ارتفعت قيمة باقي

---

(١) المحلى ٩/ ٢٥٢، ٩/ ٣١٧.

(٢) المغني ٦/ ١٥٥، نهاية المحتاج ٦/ ٥٩ ـ ٥٤، الفتح ٥/ ٣٦٩، بدائع الصنائع ٧/ ٣٦٩.

التركة، فصارت تساوي الثلث لم يكن له إلا نصفها، اعتباراً بوقت الموت[١].

وحجة هذا القول: أن الوصية تلزم بالموت، فكان المعتبر في الثلث هو وقت الوجوب.

القول الثاني: المعتبر يوم الوصية، فإذا أوصى له بثلث ماله لم يعط إلا ثلث ما كان موجوداً يوم الوصية، ولا شيء له مما تجدد بعدها، كما أنه إذا نقص ماله عما كان له يوم الوصية؛ فإن لا يكون له إلا ثلث ما بقي بعد النقص، ولو عاد ماله إلى ما كان عليه يوم الوصية.

وهو مذهب الظاهرية، وأحد قولي الشافعية[٢].

وحجتهم: القياس على من نذر ثلث ماله، فإنه يلزمه ثلث ماله يوم النذر، فكذلك الوصية يلزمه ثلثه يوم الوصية.

ونوقش الاستدلال: بأن النذر يلزم بالقول، والوصية تلزم بالموت، ولا تلزم بالقول فلا يصح قياسها عليه[٣].

القول الثالث: أن المعتبر يوم التنفيذ لا يوم الوصية ولا يوم الموت.

وهو قول الحنفية، والمعتمد في مذهب مالك[٤].

فإذا كانت الوصية بجزء شائع، كثلث أو ربع أعطي ثلث المال أو ربعه حسب وصيته يوم تنفيذ الوصية، ويوم القسمة زاد المال أو نقص.

وأما إذا كانت الوصية بعدد معين اعتبر خروجها من الثلث يوم التنفيذ

---

(١) المغني ٦/ ١٥٥.

(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٥٤، الفتح ٥/ ٣٦٩، المحلى ٩/ ٢٥٢.

(٣) نهاية المحتاج ٦/ ٥٤، الفتح ٥/ ٣٦٩، المحلى ٩/ ٢٥٢.

(٤) الفتاوى الحائية ٦/ ٤٥٣، المعيار ٩/ ٤٠٨ ـ ٤٠٩، شرح الزرقاني ٨/ ١٣٩، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٢٧.

أيضاً، فإذا كانت الوصية بمئة ألف، والتركة كلها ثلاثمئة ألف يوم الموت، فأصابتها آفة أو هبطت قيمتها، فصارت تساوي مئة وخمسين فقط لم يكن للموصى له إلا خمسون فقط؛ لأنه ثلث التركة يوم التنفيذ ولا عبرة بما كانت عليه يوم الموت.

وكذلك إذا أوصى بمعين قيمته يوم الموت خمسون والتركة كلها مئة، ثم حصل فيها نمو، فصارت تساوي مئة وخمسين يوم التنفيذ، فإنه يعطى الموصى به بكامله لمن وصي له به؛ لأنه ثلث التركة يوم التنفيذ، وإن كان أكثر من الثلث يوم الموت؛ لأن العبرة بيوم التنفيذ.

وحجته: أنه شريك في التركة بجزء شائع، يجري عليه ما يجري على الورثة، فالزيادة لهم جميعاً، والنقص عليهم جميعاً.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن الوقت المعتبر بالثلث هو الموت؛ إذ بالموت تلزم الوصية، وتدخل التركة في ملك الورثة، ولأن الوصية تبرع بالمال بعد الموت، فيكون الموت هو المعتبر.



المبحث السادس
الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في الموصى به

صورته: أن يوصي شخص بجزء مشاع من ماله كنصف أرضه، أو يوصي بنصيبه من مشاع بينه وبين غيره، كنصف أرضه بينه وبين زيد.

لا خلاف في صحة الوصية بالمشاع إذا خرج من الثلث، فإن لم يخرج من الثلث فلا يخلو من أن يجيزه الورثة فينفذ في جميعه، أو لا يجيزوه فينفذ فيما خرج من الثلث دون ما لم يخرج منه[١].

قال في الهداية شرح بداية المبتدي[٢] «قال من أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث، ولم تجز الورثة فالثلث بينهما».

وقال في الكافي في فقه أهل المدينة[٣] «ومن أوصي بثلثه كله جاز ونفذ ذلك، ومن أوصي بأكثر من ثلثه لم يجز ما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة».

---

(١) المبسوط ٢٨/ ٩٧، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/ ٩٣، المنتقى للباجي ٦/ ١٥٦ ـ ١٥٧، الفواكه الدواني ٢/ ١٩١، المنهاج مع مغني المحتاج عليه ٣/ ٤٦ ـ ٤٧، شرح روض الطالب ٣/ ٣٣ ـ ٣٤، الفروع ٤/ ٦٣٩ ـ ١٠٧، كشاف القناع ١/ ٣٨٧ ـ ٣٨٨، المحلي ٩/ ٣١٧ ـ ٣٢١.

(٢) بداية المبتدي ٤/ ٣٢٦.

(٣) ٢/ ٣١٩.

وقال في المهذب[١]: «وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم؛ لأنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع».

وقال في المنهاج[٢]: «ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله، فإن زاد ورد الوارث بطلت في الزائد».

وقال في المقنع[٣]: «وإن وصى له بجزء من معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته إليه، وقسمت الباقي على مسألة الورثة، إلا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث».

ودليل ذلك:

١ ـ عمومات أدلة مشروعية الوصية[٤].

وهذه تشمل المعين والمشاع.

٢ ـ أنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسوم قياساً على البيع[٥].

وعلل المانعون ـ لعدم صحة الهبة والوقف في المشاع ـ بصحته هنا: بأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية؛ لأن القسمة تتمة القبض، وأصل القبض ليس بشرط في معنى الوصية، فكذا القسمة[٦].



---

(١) المهذب ١/ ٥٩٠.

(٢) مع مغني المحتاج ٣/ ٤٦ ـ ٤٧.

(٣) مع المبدع ٦/ ٨١.

(٤) ينظر: الباب الأول.

(٥) المهذب ١/ ٥٩٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٨١.

(٦) المبسوط ٢٨/ ٩٧.

المبحث السابع
اشتراط كون الموصى به عيناً

(الوصية بالمنافع)

وفيه مطالب:

المطلب الأول
تعريف المنفعة

المنفعة: خلاف الضر، قال ابن فارس: «النون، والفاء، والعين: كلمة تدل على خلاف الضر»[١].

وفي الاصطلاح: أعراض مستفادة من الأعيان يمكن استيفاؤها من تلك الأعيان[٢].

والمنفعة مال عند جمهور أهل العلم خلافاً للحنفية[٣].

والدليل على مالية المنافع:

قال الله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ﴾[٤]، والمهر لا يكون إلا مالاً.

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٥/ ٤٦٣).

(٢) أحكام التصرف في المنافع (ص٤١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٨)، شرح الخرشي (٦/ ١٣٧)، روضة الطالبين (٥/ ١٣)، كشاف القناع (٣/ ١٥٢).

(٤) من آية ٢٧ من سورة القصص.

ولأن وقوع عقد الإجارة على المنافع دليل على اعتبارها مالاً متقوماً.

ولأن الغرض الأظهر من جميع الأموال هي المنافع، فما لم تشتمل على المنفعة لا يسمى مالاً[١].

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني
مشروعية الوصية بالمنافع

اختلف الفقهاء رحمهم الله في جواز الوصية بالمنافع على قولين:

القول الأول: جواز الوصية بالمنافع ومشروعيتها.

وقال بذلك جمهور الفقهاء: الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

واستثنى أبو حنيفة: الوصية بسكنى الدار، وركوب الدابة، وخدمة العبد لغير معين كالفقراء والمساكين، فلا تجوز، وأجاز الوصية لهم بغلاتها بناء على الفرق بين الغلة والمنفعة.

قال الكاساني: «ولا تجوز الوصية بسكنى داره، أو خدمة عبده أو ظهر

---

(١) أحكام التصرف في المنافع (٤١).

(٢) انظر: المبسوط ٢٧/ ١٨١، بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٤٣١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٥، الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٨٦، حاشية العدوي بهامش الخرشي ٨/ ١٨٦، المنتقى للباجي ٦/ ١٦٠.

(٤) انظر: المهذب ١/ ٥٩٠، مغني المحتاج ٣/ ٦٤، نهاية المحتاج ٦/ ٨٣، روضة الطالبين ٦/ ١١٧.

(٥) انظر: كشاف القناع ٤/ ٣٧٣، المغني ٦/ ١٨٢.

فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ، ولابد من أن يكون ذلك لإنسان معلوم.

وعندهما ـ رحمهما الله ـ تجوز الوصية بذلك كله للمساكين».

القول الثاني: لا تجوز الوصية بالمنافع.

وقال بذلك الظاهرية، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٢].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾[٣].

٣ ـ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[٤].

٤ ـ عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «جاء النبي ﷺ يعودني، وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: » لا«، قلت: فالشطر؟ قال: »لا«، قلت: الثلث؟، قال: فالثلث، والثلث كثير، **إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم...**»[٥].

---

(١) انظر: المحلي ١٠/٤٤٢، بداية المجتهد ٢/٤٣١، حيث نقل رأي في عدم جواز الوصية بالمنافع، المبسوط ٢٧ / ١٨١، بدائع الصنائع ٧/٣٥٥.

(٢) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

(٣) من الآية (١١) من سورة النساء.

(٤) من الآية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٥) سبق تخريجه برقم (٣).

٥ ـ عن ابن عمر ﵄ أن رسول الله ﷺ قال: **«ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»**(١).

٦ ـ عن أبي أمامة الباهلي ﵁ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»**(٢).

فهذ الأدلة بعمومها تدل على صحة الوصية بالمنافع.

٧ ـ الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة بستانه أو بسكنى داره أو خدمة عبده تكون من الثلث».

٨ ـ إنه لما جاز تمليك المنافع في عقد الإجارة والإعارة ونحوهما حال الحياة جاز تمليكها في عقد الوصية بعد الممات من باب أولى؛ لأنه أوسع العقود، ويحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من الجهالة والعدم في الموصي به، مما يفسد معه عقد الإجارة والبيع ونحوهما من عقود المعاوضات، فإذا صح عقد الوصية في هذا مع ما فيه من الغرر والخطر، كان القول بصحته بالمنافع أولى(٣).

٩ ـ قياس المنافع على الأعيان بجامع صحة تمليك كل بالمعاوضة والإرث، فإذا جاز للموصي أن يوصي بعين من أعيان التركة، فإنه يجوز له أن يوصي بمنفعتها فقط من باب أولى وأحرى؛ لأن الوصية برقبة الدار مثلاً إعطاء للعين والمنفعة، والوصية بالمنفعة إعطاء للمنفعة فقط، فجواز الأولى يستلزم جواز الثانية.

دليل القول الثاني:

استدل القائلون: بعدم جواز الوصية بالمنافع بما يلي:

---

(١) سبق تخريجه برقم (٢).

(٢) سبق تخريجه برقم (١٤).

(٣) بدائع الصنائع ٧/٣٥٣.

١ ـ قالوا: إن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن نفاذ الوصية عند الموت، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن المرقب ملكهم، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، فكانت المنافع حادثة على ملكهم، وعلى هذا تكون الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح[1].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأعيان الموصى بمنفعتها تنتقل إلى الورثة مشغولة بالوصية، كما تنتقل العين المؤجرة مشغولة بالإجارة.

أما قولهم: إن الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع؛ لأننا إن سلمنا ملكية الورثة للرقبة بالموت، إلا أن تبعيه المنافع للرقبة في الملكية إنما تتم فيها إذا لم يفرد المالك المنافع بالتمليك لشخص معين، وهنا أفرد المنافع بالتمليك للموصي له، فتنتفي التبعية بذلك[2].

٢ ـ إن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة، والإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والوصية بالمنافع كذلك، والعارية تبطل بموت المعير.

فالموت له أثر بطلان العقد على المنافع بعد صحته، فلأن يمنع من الصحة أولى؛ لأن المنع أسهل من الرفع[3].

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن قياس الوصية بالمنافع على العارية مردود؛ لأنه قياس مع الفارق؛ لأن العارية وإن شابهت الوصية بالمنافع في كونها تمليكاً[4] للمنافع بغير عوض، إلا أن تمليك المنافع في العارية إنما كان مقصوداً للمعير في حال الحياة، مع أن التمليك للمنافع بالوصية مقصود

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣.

(٤) هذا على القول بأن العارية تمليك للمنافع بعوض، وهو قول الحنفية، والمالكية، وإلا فالراجح أنها إباحة.

للموصي بعد الممات؛ إذ إن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت كما هو معروف، وبهذا يحصل الفرق بينها[(١)].

٣ ـ إن المنافع معدومة، ولا تصح الوصية بما هو معدوم[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مما يصح تمليكها بعقد المعاوضة كالإجارة، فمن باب أولى تصح الوصية بها كالأعيان[(٣)].

الترجيح:

الراجح هو قول جمهور العلماء القائلين بجواز الوصية بالمنافع؛ لما ذكروه من الأدلة الدالة على مشروعية الوصية بالمنافع، ولأن المنافع لما جازت المعاوضة عليها بعقد الإجارة، فالتبرع بها في عقد الوصية أولى بالجواز، والله تعالى أعلم.



المطلب الثالث
شرط الوصية بالمنافع

يشترط في المنافع الموصى بها خروجها من ثلث المال، فإن لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث إذا لم تجز الورثة.

وذلك لأنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا بالأعيان.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣.
(٢) المغني ٦/ ١٨٢.
(٣) المغني ٦/ ١٨٢.

لكن اختلف العلماء في المعتبر خروجه من الثلث: هل هو العين الموصى بمنفعتها، أو المنفعة فقط؟ على قولين:

القول الأول: أن المعتبر في ذلك قيمة العين الموصى بمنفعتها مطلقاً، فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار.

وهذا قول الحنفية، والمالكية، وبه قال الحنابلة على الصحيح[١].

وحجته:

١ ـ أن تمليك المنافع دون العين يجعل العين لا قيمة لها في نظر الناس غالباً.

٢ ـ أن تقدير المنافع وحدها متعذر.

القول الثاني: الفرق بين الوصية بمنفعة مؤبدة، أو مجهولة المدة، فتعتبر قيمة العين الموصى بمنفعتها، وبين الوصية لمدة معلومة، فتعتبر قيمة المنفعة، وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم بدون منفعتها مدة الوصية، والفرق بين القيمتين هو الموصى به.

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار مدة عشر سنين، قومت الدار بمنفعتها غير مشغولة، ثم تقوم وهي مشغولة بالوصية مدة عشر سنين، فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مئة وقيمتها بدون منفعة مدة الوصية تسعين تكون الوصية بعشرة إذا حملها الثلث، وإن حمل نصفها لزمت الوصية بنصف المنفعة.

وحجته: أن الموصى به المنفعة.

وبه قال الشافعية، وبعض الحنابلة[٢].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣، العناية ٩/ ٤١١، التاج والإكليل ٦/ ٣٨٦، منح الجليل ٩/ ٥٦٧، روضة الطالبين ٦/ ١٨٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٨٣.

(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٨٩، كشاف القناع ٤/ ٣٧٣.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله.

أما إذا زادت الوصية على الثلث لم تلزم بالاتفاق.

واختلف العلماء في الواجب في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصية تلزم فيما حمله الثلث ويخير الورثة بالزائد، فإذا أوصى بسكنى داره فلم يحمل الثلث إلا نصفها، كان للموصى له نصف المنفعة، وإن حمل ثلثها كان له ثلث المنفعة وهكذا.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة[1].

وحجته: ما تقدم من الأدلة على اعتبار الثلث.

القول الثاني: أن الوصية إن كانت لمعين كزيد فإن الورثة يخيرون، إما أن يعطو الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له من كل نوع من التركة ثلثه، وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء، فإن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصية، أو يعطوا الموصى لهم ثلث الميت في العين الموصى بمنفعتها، فإذا كانت الوصية للفقراء بسكنى الدار فالورثة بالخيار، إما أن يعطوهم السكنى، وإما أن يعطوهم من الدار ما يساوي ثلث الميت.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة[2].

وحجته: أنه إن كانت الوصية بالمنفعة لمعين، فإنه يرجى رجوع العين للورثة إذا هلك الموصى له بخلاف الوصية لغير معين، فإنه لا يرجى رجوع العين للورثة، فالوصية بها بمنزلة الوصية بالعين نفسها.

❋ ❋ ❋

---

(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والحنابلة.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

المطلب الرابع
إرث الوصية بالمنفعة

إذا أوصى شخص لآخر بمنفعة فمات الموصى له:

فتحت ذلك ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصى له:

كسكنى هذه الدار مدة حياة الموصى له، فباتفاق الأئمة الأربعة على أن الموصى له إذا مات فإنها لا تورث عنه[١].

وحجته: اتباع شرط الموصي حيث قيدها بحياة الموصى له، وقد مات.

المسألة الثانية: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بزمن، أو مؤبدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة، مقيدة بزمن معين، أو مؤبدة، فمات الموصى له قبل نهاية المدة، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن المنفعة الموصى بها تورث عن الموصى له فيما بقي من المدة.

وهو قول المالكية، والصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة[٢].

---

(١) المبسوط ٢٧/ ١٨١، بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣، العناية ٩/ ٤١١، التاج والإكليل ٦/ ٣٨٦، منح الجليل ٩/ ٥٦٧، روضة الطالبين ٦/ ١٨٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٨٣، قواعد ابن رجب ص٣٠٩، إرث الحقوق ٢/ ٣٦٧.

(٢) المصادر السابقة، وشرح الخرشي ٨/ ١٨٨، الحاوي الكبير ٨/ ٢٢٢، كشاف القناع ٤/ ٣٧٦.

القول الثاني: أن المنفعة الموصى بها لا تورث فيما بقي من المدة، وتعود العين إلى ورثة الموصي.

وبه قال الحنفية، وحكي وجهاً عند الشافعية[(١)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ أن المنفعة الموصى بها حق مالي، ومن مات عن حق مالي فلورثته[(٢)].

٢ ـ أن الموصى له يملك المنفعة الموصى بها، فتورث عنه كسائر أملاكه[(٣)].

أدلة القول الثاني:

١ ـ أن الحق للموصى له بالمنفعة لا يحتمل التوريث؛ لأنها لا تبقى وقتين، فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث، ثم للوارث فتبطل الوصية بموته[(٤)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مقدرة الوجود، فتأخذ حكم العين؛ لأنها جعلت مورداً للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود، والدليل على ذلك صحة الاستئجار بأجرة مؤجلة، وما ليس بعين فهو دين، والدين بالدين حرام[(٥)].

---

(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والاختيار ٥/ ٧٠، تكملة البحر الرائق ٨/ ٥١٦.

(٢) كشاف القناع ٤/ ٣٧٦.

(٣) أسنى المطالب ٣/ ٥٦، المغني ٨/ ٤٦٠، قواعد ابن رجب ص٣٠٩.

(٤) المبسوط ٢٨/ ١٨٤.

(٥) تخريج الفروع على الأصول ص٢٣٢.

٢ ـ أن الوصية تمليك للمنفعة بغير عوض كالإعارة، فتبطل بموت الموصى له؛ كما تبطل العارية بموت المستعير[١].

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ إذ المستعير ليس مالكاً، بل مباح له الانتفاع، بخلاف الموصى له فهو مالك.

٣ ـ أن المنفعة بانفرادها لا تحتمل الإرث، وإن كان تملكها بعوض كالإجارة فلأن لا تحتمل الإرث فيما هو تمليك بغير عوض أولى[٢].

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، بل المنفعة في الإجارة تورث؛ إذ هي مال من الأموال.

٤ ـ أن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداءً من ملك الموصي من غير مرضاته، وذلك لا يجوز[٣].

ويناقش هذا الاستدلال: بأن ملك الموصي قد زال بموته، وانتقل الملك إلى الوارث، وملك الموصى له المنفعة بالقبول فتورث عنه؛ كمنفعة العين المستأجرة إذا مات المستأجر، ثم إن قصد الموصي بالوصية الأجر، والثواب، وذلك لا يحصل إلا بالانتفاع بما أوصى به مدة الانتفاع.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الثاني، وما ورد عليها من المناقشة.

المسألة الثالثة: أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة غير مؤقتة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مؤقتة، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣.

(٣) الهداية للمرغيناني ٤/ ٦٠٥.

القائلون بأن المنفعة المؤبدة تورث هل يحمل الإطلاق على التأبيد فتورث تلك المنفعة، أو يحمل على التقييد بحياة الموصى له، فإذا مات لا تورث عنه تلك المنفعة ؟ على قولين:

القول الأول: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التأبيد، فتورث المنفعة عن الموصى له.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية[١]، وهو مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

وحجته: أن الأصل في الوصية أن تكون مؤبدة؛ إذ المقصود بها الأجر، والثواب، والشأن فيمن كان هذا قصده أن تستمر وصيته.

ولقاعدة: أن تعقيب الوصية يلحقها بالحبس.

القول الثاني: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التقييد بحياة الموصى له، فلا تورث عنه المنفعة.

ذهب إلى ذلك المالكية[٤].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن حمل الإطلاق على التأبيد هو الأول؛ لقوة ما عللوا به.

❋ ❋ ❋

---

(١) التاج والإكليل بهامش موهب الجليل ٦/ ٣٨٥، الخرشي ٨/ ١٨٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٨، منح الجليل ٩/ ٥٦٧ ـ ٥٦٨، إرث الحقوق ٢/ ٣٦٧.

(٢) روضة الطالبين ٦/ ١١٧، ١٨٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٧، مغني المحتاج ٣/ ٤٥.

(٣) كشاف القناع ٤/ .٣٧٦، ٣٧٣

(٤) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٨/ ١٩٧.

المطلب الخامس
أقسام الوصية بالمنافع

تنقسم الوصية إلى أقسام:

الأول: مؤقتة بوقت محدد كسنة.

الثاني: مؤقتة بحياة الموصى له أو بحياة شخص آخر.

الثالث: مؤبدة، كالوصية بسكنى داره للمسجد أو الفقراء أبداً، وتقدمت قريباً.

الرابع: مطلقاً، وقد اختلف فيها:

فعند الشافعية، والحنابلة: تحمل على التأبيد حملاً للفظ على فرده الكامل.

وعند الحنفية، وبعض المالكية: محمولة على حياة الموصى له.

وعند المالكية إن كان الموصى بمنفعته غير عبد، فهي محمولة على حياة الموصى له.

وإن كانت بمنفعة الرقيق فقولان:

ابن القاسم يحملها على حياة الموصى له، وأشهب يحملها على حياة الموصى به[١].

❋ ❋ ❋

---

(١) المصادر السابقة.

المطلب السادس
ملكية الموصى له بالمنافع

إذا نص الموصي على أن الموصى له ينتفع فقط، فحينئذ تكون الوصية بالمنافع قائمة على الإباحة فقط، فله أن ينتفع بنفسه أو بوكيله، وليس له أن يتصرف في هذه المنافع.

لكن إذا وردت الوصية مطلقة غير مقيدة من قبل الموصي.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في ملكية الموصى له لهذه المنافع الموصى بها، هل هو مالك لهذه المنافع، أم هي مباحة له فقط؟ على قولين:

القول الأول: أن هذه المنافع الموصى بها مملوكة للموصى له.

وهو قول المالكية[(١)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

القول الثاني: أن هذه المنافع الموصى بها مباحة فقط، وليست مملوكة للموصى له.

وبه قال الحنفية[(٤)].

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١ ـ أن الوصية تلزم بالقبول بخلاف العارية، فدل ذلك على أن المنفعة

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٦/ ١٦٠.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٦٤، نهاية المحتاج ٦/ ٨٣.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٣، القواعد لابن رجب ص٢١٠.

(٤) بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٦١، الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٠.

في باب الوصية تمليك، وليست إباحة.

٢ ـ أن المنافع الموصى بها تقبل التوارث وتنتقل بعد موت الموصى له إلى ورثته، فدل ذلك على أنه مالك لتلك المنافع[١].

دليل القول الثاني:

استدل لهذا القول بما يلي:

أن الموصى له ملك المنافع بغير عوض، فكانت قائمة على الإباحة فقط[٢].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن المنافع المستحقة للموصى له مملوكة وليست قائمة على الإباحة؛ لما ذكروه من الدليل الدال على أن هذه المنافع مملوكة للموصى له، ولأن الفقهاء رحمهم الله متفقون على أنه لو أوصى شخص لآخر بعين من الأعيان أن الموصي له يملك هذه الأعيان، فكذلك إذا أوصى له بالمنافع، فإنه يملكها كما يملك هذه الأعيان.



المطلب السابع
حكم تصرف الموصى له بمنافع الوصية

التصرف في منافع الوصية من قبل الموصى له بتلك المنافع يرجع إلى ما قيده به الموصي، وعلى هذا لا يخلو الأمر من أحوال:

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٦٤، ٦٥، نهاية المحتاج ٦/ ٨٣.
(٢) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٠.

المسألة الأولى: إذا أوصى بالاستعمال والاستغلال:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره مثلاً، وجعل للموصى له الاستعمال والاستغلال على حد سواء.

ففي هذه الحالة يملك الموصى له التصر في هذه المنافع بجميع وجوه التصرف الممكنة في المنافع، فينتفع بها كيف يشاء، وعلى أي وجه أراد.

ففي الدار مثلاً الموصى له بمنافعها على ذلك الوجه له أن يسكنها بنفسه ويؤجرها لغيره، ويأخذ أجرتها، وله أن يعيرها، ويوصي بمنافعها ولا يتقيد بهذا التصرف بالمنافع إلا بشرط واحد، وهو أن لا يترتب على هذا التصرف ضرر بالعين الموصى بمنافعها[(١)].

وذلك لأن ملك هذا الحق في التصرف من قبل الموصي الذي أعطاه هذا الحق في التصرف؛ لأن الحق له، فما دام أنه نص على نقل هذا الحق لغيره كان له ذلك، والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا أوصى بالاستغلال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر باستغلال منافع داره مثلاً: أي أوصى له بالغلة.

ففي هذه الحالة ذهب أكثر الحنفية إلى منع الموصى له من السكنى، وقالوا لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهذا هو الصحيح عندهم.

وعند أكثر أهل العلم: أنه يملك في هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل وإن شاء سكن[(٢)].

وهذا هو الراجح.

---

(١) انظر: أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص٤٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٥.

والدليل على ذلك ما يلي:

١ ـ أن الموصى له إذا ملك أن يملك غيره هذه المنافع بواسطة الإجارة وجب أن يكون مالكاً لها.

٢ ـ أنه إذا جاز أن ينتفع غيره لأجله فالأولى أن ينتفع بنفسه[١]، وبالتالي يجوز له في هذه الحالة الاستعمال والاستغلال.

المسألة الثالثة: إذا أوصى بالاستعمال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره أو خدمة عبده، ونحو ذلك، ففي هذه الحالة هل يجوز له أن يتصرف بالمنافع بالاستغلال، وذلك بأن يؤجر مثلاً، أم لا يجوز له ذلك؟.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في هذا التصرف من الموصى له على قولين:

القول الأول: يجوز للموصى له بسكنى الدار مثلاً أن يتصرف في هذه المنافع بالاستغلال.

وقال بذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة.

قال الباجي من المالكية ما نصه: «... فمن أوصى بخدمة عبد، أو سكنى دار جاز له أن يكري ذلك، إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبي حنيفة.

والدليل على ما نقوله: «إن هذه منافع فصح بدلها، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر...»[٢].

وجاء في نهاية المحتاج ما نصه: «ويملك الموصى له بالمنفعة...، إن قامت قرينة على أن المراد بها مطلق المنفعة، أو اطرد العرف بذلك...،

---

(١) انظر: أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص٤١ ـ ٤٢.

(٢) المنتقى ٦/ ١٦٠.

فليست إباحة، ولا عارية للزومها بالقبول، ومن ثم جاز له أن يؤجر ويعير ويوصي بها. . .»[(١)].

وقال ابن قدامة: «وإن أراد الموصي له إجارة العبد، أو الدار في المدة التي أوصى بها بنفعها جاز. . .».

ثم قال بعد أن ذكر المخالف في ذلك، وهو أبو حنيفة: «ولنا: أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان، كما لو ملكها بالإجارة. . . .»[(٢)].

وظاهر كلامهم: أنه يجوز له الاستغلال سواء كانت الوصية مقيدة بمدة معينة، أو مؤبدة.

القول الثاني: لا يجوز للموصى له بسكنى الدار، أو خدمة العبد أن يستغل تلك المنافع، بل ينتفع بنفسه فقط.

وقال بذلك الحنفية.

قال الكاساني: «وليس للموصي له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد، أو الدار من غيره عندنا، وعند الشافعي له ذلك. . .».

ثم ذكر الدليل على ذلك بقوله: «ولنا أن الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض، فلا يحتمل التمليك بعوض، كالملك الثابت للمستعير بالإعارة، حتى لا يملك الإجارة كذا هنا. . .»[(٣)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن العارية إباحة انتفاع، والوصية تمليك منفعة فافترقا.

---

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٨٣، وانظر: روضة الطالبين ٦/ ١٨٦، مغني المحتاج ٣/ ٦٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٣، القواعد لابن رجب ص٢١٠.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٣، وانظر: الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٢.

وقالوا أيضاً: ولأن التمليك بعوض أقوى وألزم، والأضعف لا يتناول الأقوى[١].

الترجيح: ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، والحنابلة القائلون بجواز تصرف الموصى له بهذه المنافع بالاستغلال؛ وذلك لما يلي:

لأن الحنفية إنما منعوا الموصى له من الاستغلال؛ لكونه ملك هذه المنافع بغير عوض، فيقال: إن الملك لا يختلف سواء نتج عن عوض أو غير عوض، فالآثار المترتبة على ذلك واحدة، فما دام أنه ملك هذه المنافع جاز له أن يتصرف فيها بناء على هذا الملك بغض النظر عن ثبوته بعوض، أو غير عوض، والله أعلم.

وأيضاً: قد لا يتهيأ للموصى له السكن لكونها في بلد بعيد، أو غير بلده، أو مكان ناء، أو لضيقه، إلى غير ذلك من الأسباب، وفي هذا تضييع للوصية وحرمان للموصى له.

المسألة الرابعة: إذا كانت الوصية مطلقة:

وذلك إذا أطلق الموصي، فلم ينص على استقلال، أو استعمال، بأن قال: أوصيت بمنافع داري.

ففي هذه الحالة نرجع إلى العرف والعادة، فإذا كان العرف والعادة في هذا البلد أنهم يستعملون الإطلاق، ويقصدون به الاستعمال فقط أو الأمرين جميعاً عمل بذلك؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وإذا لم يكن ثم عرف، ولم يمكن الرجوع إلى الموصي في البيان حملت العبارة على الاستغلال، لأنه أتم منفعة[٢].

والذي يظهر: أنه إذا أطلق، ولم ينص على استعمال أو استغلال أنه

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٤٠.

(٢) أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص٤٢.

يملك الأمرين جميعاً، ويجوز له التصرف في هذه المنافع بالانتفاع بها والمعاوضة عليها بالإجارة، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

المطلب الثامن
المنفعة المشتركة

بالنسبة للمنفعة المشتركة بين الموصى لهم في حال تعددهم، أو بينهم وبين الورثة في حالة الوصية ببعض المنفعة، أو منفعة بعض العين، فإن هناك لاستيفائها طرقاً:

الأول: الانتفاع المشترك، أو الاستغلال المشترك بأن يسكنوا الدار جميعاً، أو يحرثوا الأرض كذلك أو يكروهما ويتقاسموا الكراء مثلاً، فإذا كانت الوصية بثمار الأشجار، يقسمون الثمار بعد قطفها أو يبيعونها بعد بدو صلاحها، ويقتسمون الثمن، وهكذا.

الثاني: اقتسام المنافع على طريق المهايأة المكانية: بأن تقسم العين الموصى بمنفعتها إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، كأرض يحرث أحدهما جزءا، ويحرث الآخر الجزء الآخر، أو دار يسكن أحدهما بيتاً والآخر بيتاً، أو أحدهما الأسفل، والآخر الأعلى.

سواء تساوت الحصص، أو اختلفت، وسواء اتفقا على أن يتبادلا ما بيد كل واحد منهما بعد مدة أم لا، بشرط تحديد مدة الانتفاع، طالت أو قصرت، فإن لم تحدد مدة الانتفاع لم تجز، للجهل بالمدة.

وقال ابن الحاجب: تصح ولا تلزم، ولكل منهما الرجوع متى شاء،

بخلاف ما لو حددت المدة، فإنها تلزم ولا رجوع لأحدها قبل تمام المدة، كالإجارة(١).

الثالث: المهايأة الزمانية بأن ينتفع أحد الشركاء بالعين مدة، ثم يسلمها للآخر ينتفع بها مدة أخرى، مثل الأولى، أو أقل، أو أكثر ولا يشترط قسمتها بقدر الحصص؛ لأنها معاوضة يجوز فيها التفاضل، وإنما يشترط في ذلك أربعة شروط:

أ ـ رضاهما بالقسمة، فإن أبى أحدهما لم يجبر عليها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٢)(٣)، والقسمة بيع يشترط فيه من الرضا وغيره.

ب ـ أن تكون المدة معلومة المقدار، كسنة، أو شهر، وإلا منعت للجهل والغرر.

ج ـ أن لا تزيد المدة في حيوان على شهر، نص عليه المالكية، وإلا منعت لما يلزم في ذلك من كراء معين يتأخر قبضه أكثر من شهر، وهو لا يجوز في الحيوان لسرعة تغيره، بخلاف الدور والأرض المأمونة الري، فإنه يجوز فيهما أن تكون المدة سنين، بحيث يسكن أحدهما الدار سنة، أو عشر سنوات، ثم يسكنها الآخر مثل ذلك أو أقل أو أكثر، ومثل ذلك في الأرض مأمونة الري.

والفرق: أن العقار مأمون بخلاف الحيوان، فإنه يخشى عليه التلف في المدة الطويلة، فيدخله الغرر، ولذلك لا تجوز المهايأة الزمانية في الأرض غير المأمونة الري؛ لاحتمال أن تسقى في مدة أحدهما، دون الآخر.

---

(١) النوازل الصغرى ٤/ ٢٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٧.
(٢) من آية ٢٩ من سورة النساء.
(٣) النوازل الصغرى ٤/ ٢٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٧، الوصايا والتنزيل ص٤٣٢.

د ـ أن تكون المنفعة المقسومة منافع محضة، مثل السكنى والركوب، والخدمة، واللبس، والاستعمال.

وأما الغلة ففيها تفصيل: فإن كانت ثمار أشجار وبستان، أو كراء غير منضبط، فإنه لا يجوز قسمتها مهايأة مطلقاً، فلا يجوز أن يأخذ الآخر ثمار السنة التي بعدها، أو يأخذ أحدهما مداخيل هذا الشهر، ويأخذ الآخر مداخيل وأكرية الشهر القادم؛ لما في ذلك من الجهل والغرر.

فإذا كانت منضبطة جاز اقتسام الأكرية، بأن يأخذ أحدهما كراء شهر، ويأخذ الآخر كراء الشهر الموالي له، إلا أنه يلاحظ في الأكرية المنضبطة أنه يجب أن يأخذ أحدهما قدر نصيبه، فإن اقتسما على أن يأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، كأن يأخذ أحدهما كراء شهر ليأخذ الآخر كراء شهرين بعده لم يجز ذلك؛ لما يلزم على ذلك من سلف جر نفعاً[١].



المطلب التاسع
بدء الاستفادة من المنفعة الموصى بها

لا يخلو هذا من أحوال:

الحال الأولى: أن تكون الوصية مطلقة، فيبدأ الاستفادة من المنفعة الموصى بها من حين وفاة الموصي؛ لأنه وقت لزوم الوصية إلا أن يعين الموصي وقتاً لبدء الاستفادة.

الحال الثانية: أن تكون الوصية مقيدة بزمن:

---

(١) المصادر السابقة.

فتحت ذلك أمران:

الأمر الأول: أن يكون الزمن معلوماً معين فتختص الوصية بهذا الزمن، فإن مات الموصي بعد انصرام ذلك الزمن بطلت الوصية؛ لتعذر تنفيذها بفوات وقتها، وإن مات بعد مضي وقتها بطلت فيما مضى، وإن مات قبل مجيء ذلك الزمن انتظر حتى يجيء؛ لأنها بمنزلة الواجب المؤقت بوقت، فلا يتقدم عليه.

الأمر الثاني: أن يكون الزمن غير معين، كالوصية بمنفعة داره سنة، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن الوصية تحمل على السنة الأولى، بعد موت الموصي.

وبه قال المالكية[١].

وحجته: أنه وقت لزوم الوصية، والظاهر من لفظ الموصي وقصده، ولقاعدة تقديم الوصية على الإرث، وللقول بفورية التنفيذ، ودلالة الأمر على الفور.

القول الثاني: إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى، وإن كانت الوصية بالخدمة أو الثمار، فالخيار إلى الوارث في تعيينها.

وبه قال الشافعية[٢].

وحجته:

١ ـ إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى؛ لما ذكره المالكية.

٢ ـ ولم أقف على دليل بالنسبة لما ذكروه من منفعة الخدمة والثمار.

---

(١) الذخيرة ٧/ ٨٨.

(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٨٧.

القول الثالث: أنها تبدأ من وقت القسمة.

وبه قال الحنفية[١].

ولعل حجته: أن ملك الموصى به يبدأ من حين القسمة.

وتقدم أن بيان هذه المسألة في مبحث ملكية الموصى به.

والأقرب: ما ذهب إليه المالكية؛ لما ذكروه من التعليل.

❀ ❀ ❀

المطلب العاشر
بيع المنفعة الموصى بها

اختلف الفقهاء في حق الموصى له في بيع ماله من المنفعة، وإسقاط حقه مقابل عوض يأخذه على أقوال:

القول الأول: يجوز بيع المنفعة للوارث وغيره.

وهو قول للشافعية[٢].

وحجته: أن المنفعة مال، فجازت المعاوضة عليه.

القول الثاني: يجوز بيع ذلك للورثة دون الأجنبي، سواء كانت الوصية بالسكنى، أو الخدمة، أو الغلة، أو الثمار.

وأجازوا للوارث شراء قدر حصته من الوصية، واختلفوا في شرائه الجميع، فأجازه بعضهم، قياساً على شراء الورثة.

ومنعه آخرون؛ لأنه أجنبي في حق شركائه.

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٢٣.

(٢) المصادر السابقة للشافعية.

وبه قال المالكية.

وقال ابن القاسم[١] لا يجوز للورثة شراء الثمرة قبل طيبها إن كانت الوصية مؤقتة كسنة مثلاً.

وحجته:

١ ـ القياس على العمرى، وعلى العرية يجوز بيعها للمعمر، والمعري، وورثتهما، خلافاً لسحنون في منعه ذلك، إلا لضرورة[٢].

٢ ـ أن شراء الورثة منافع الموصى بمنفعته مقصود به تخليص العين الموصى بمنفعتها، وتحريرها من الوصية، فهو بمنزلة فداء العبد الجاني، بخلاف شراء الأجنبي، فإن المقصود منه أصالة هو المنفعة، ولا غرض له بالعين، ولذلك يشترط فيه ما يشترط في البيع والشراء، فلا يجوز هنا؛ لما يلزم على ذلك من شراء المعدوم وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، أو قبل وجودها، إذا كانت الوصية بغلة الأشجار، وبيع نتاج الحيوان، ولما في ذلك من الغرر والجهل.

٣ ـ **وحجة ابن القاسم**: النهي عن شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، ولأنه لا عذر لهم لتمكنهم من بيع الأصول، فلا يرخص لهم في شراء ما لم يَبْدُ صلاحه.

القول الثالث: يجوز بيعها للورثة دون غيرهم، سواء كانت الوصية بالمنفعة، أو الغلة، أو السكنى، أو الخدمة.

وبه قال الحنفية[٣].

قال الكاساني: «فإن اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز

---

(١) النوازل الصغرى ٤/ ٣٤.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والوصايا والتنزيل ص٤٢٣.

(٣) المصادر السابقة للحنفية.

الشراء، وبطلت الوصية؛ لأنه ملك العين بالشراء، فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيئاً، ثم اشتراه أنه تبطل الإعارة.

وكمن تزوج أمة إنسان، ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا، كذا هذا.

وكذلك لو أعطوه شيئاً على أن يبرأ من الغلة.

وكذلك سكنى الدار، وخدمة العبد إذا صالحوه منه على شيء جاز، وتبطل الوصية؛ لأن له حقاً، وقد أسقط حقه بعوض، فجاز كالخلع، والطلاق على مال»[1].

وحجته: القياس على الخلع والطلاق على مال بجامع أن كلاً إسقاط حق مقابل مال فاغتفر فيه الغرر.

القول الرابع: أنه لا يجوز بيعها مطلقاً.

وبه قال أبو يوسف، وهو قول للشافعية[2].

وحجته: أنه حق لا يورث، ولأنه حق غير مالي، والبيع من شرطه وروده على مال.

والأقرب: جواز بيع المنفعة الموصى بها مطلقاً؛ إذ الأصل الحل، إلا إذا ترتب على ذلك محذور شرعي كبيع معدوم تضمن غرراً، كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والحمل المعدوم.



---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٣.

(٢) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية.

المطلب الحادي عشر
نفقة العين الموصى بمنفعتها

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: سقي الشجرة الموصى بثمرتها:

إذا أوصى له بثمرة شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً، فعلى من يكون سقي الشجرة المثمرة؟ خلاف على قولين:

القول الأول: إذا أوصى له بثمرة شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً صح ذلك، ولم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها.

فإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه من السقي، فإن تضرر منع؛ وإذا يبست الشجرة الموصى بثمرتها، كان حطبها للوارث؛ إذ لا حق له في رقبتها.

وبهذا قال: الشافعية[1]، والحنابلة[2].

وحجته:

١ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[3].

---

(١) المهذب ١/٤٦١، التهذيب ٥/٨٤، البيان ٨/٢٠٧، نهاية المحتاج ٦/٥١، ٨٧، تكملة المجموع ١٥/٤٢٨.

(٢) المغني ٨/٤٦٠، الشرح الكبير ٦/٥١٧، الإنصاف ٧/٢١٨، ٢٥٢، الروض المربع ٢/٢٤٧، كشاف القناع ٤/٣٦٨، ٣٧٣، نيل المآرب ٢/٤٦.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٩).

٢ ـ أنه لا يجبر على سقي ملكه، ولا سقي ملك غيره[١]؛ لأن السقي تنتفع به الثمرة والشجرة، فلا يلزم أحدهما سقيُ ملك صاحبه[٢].

القول الثاني: إذا أثمرت النخلة، أو الشجرة، فالسقي على صاحب الغلة ـ الموصى له ـ؛ لأن منفعة ذلك ترجع إليه[٣].

وإن لم تدرك، أو لم تحمل فالنفقة في سقيها على صاحب الرقبة؛ لأنه بهذه النفقة ينمو ملكه، ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك، فليس عليه شيء من هذه النفقة[٤].

فإن حملت عاماً ثم حالت فلم تحمل شيئاً، فالنفقة على الموصى له بالغلة استحساناً؛ «لأن انعدام حملها عاماً لا تعد منقطعة المنفعة؛ لأن من الأشجار ما لا يحمل كل عام، ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعاً ونماء، وكذا الأشجار لا تخرج إلا في بعض فصول السنة، ولا يعد ذلك انقطاع النفع، بل يعد نفعاً ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة، فكذا هذا»[٥].

فإن لم ينفق الموصى له بالغلة، وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت، فإنه يستوفي نفقته من ذلك الحمل، وما يبقى من الحمل، فهو لصاحب الغلة؛ «لأنه فعل ذلك مضطراً لإصلاح ملك نفسه، ودفع الفساد عن ماله، فلم يكن متبرعاً، فله أن يرجع فيما حملت؛ لأنه إنما حصلت هذه الفائدة بسبب نفقته»[٦].

---

(١) انظر: المغني ٨/ ٤٦٠، الشرح الكبير ٦/ ٥١٧.

(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٢٠٧.

(٣) انظر: المبسوط ٢٨/ ٣.

(٤) انظر: المبسوط ٢٨/ ٣.

(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٦.

(٦) المرجع السابق ٧/ ٣٨٦.

والقياس: لا يكون على الموصى له نفقتها في العام الذي حالت فيه؛ لأنه لا ينتفع بها فيه[١].

وبهذا التفصيل قال: الحنفية[٢].

الترجيح:

يترجح مما تقدم من القولين السابقين هو: عدم لزوم الموصى له أو الوارث سقي النخيل، والشجر المثمر.

ووجه الترجيح ما يلي:

أولاً: إنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الإنفاق عليه، فإذا اشتركا لم يجب[٣].

ثانياً: إن الوارث لم يضمن تسليم هذه الثمرة الموصى بها إلى الموصى له، فلا يلزمه سقيه، بخلاف البيع[٤]، والله أعلم.

المسألة الثانية: نفقة غير الشجر:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وجوب النفقة على الموصى له مطلقاً، ما دامت العين صالحة للانتفاع، فإن أهمل النفقة، فأنفق الورثة، أو الموصى له بالرقبة خوفاً من ضياع العين، فإنه يرجع بما أنفق في غلة العين الموصى بمنفعتها، فإن كانت العين الموصى بمنفعتها، لا منفعة فيها، فالنفقة تجب على المالك، كما لو أوصى بغلة أشجار صغيرة.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٦.

(٢) المبسوط ٢٨/ ٢ ـ ٤، بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٦.

(٣) انظر: المهذب ١/ ٤٦١، التهذيب ٥/ ٨٤ بتصرف.

(٤) انظر: الإنصاف ٧/ ٢١٨ بتصرف.

وهو قول الحنفية[١].

القول الثاني: أن نفقة الحيوان على مالك العين.

وهو قول للمالكية، وقول الشافعية، وقول للحنابلة[٢].

وفي قول للمالكية، والحنابلة لزوم النفقة للموصى له.

الأدلة:

دليل من قال بوجوبها على المالك:

(٢١٥) ١ ـ ما رواه مسلم من طريق العجلان مولى فاطمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**للمملوك طعامه، وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق**»[٣].

فتعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، إذا كانت النفقة هي الملك، فالملك للوارث أو الموصى له بالرقبة، فتكون النفقة عليهما.

٢ ـ أن جعل النفقة على الموصى له بالنفقة يخرج الوصية من التبرع إلى المعاوضة المجهولة؛ لأن المنفعة تكون في مقابل النفقة، وكلاهما مجهول فتكون إجارة بمجهول.

٣ ـ القياس على نفقة العبد المستأجر، فإن نفقته عليه، وإن كانت منفعته لغيره.

٤ ـ القاعدة العامة أنه لا يجب على أحد أن ينفق على ملك غيره.

وحجة القول بوجوبها على الموصى له:

١ ـ حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**الخراج بالضمان**»[٤].

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٥، الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٦، نهاية المحتاج ٦/ ٨٦.

(٣) صحيح مسلم ـ كتاب الأيمان / باب إطعام المملوك (١٦٦٢).

(٤) سبق تخريجه برقم (١٧٤).

والقاعدة أن من له الغنم عليه الغرم.

٢ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «**لا ضرر ولا ضرار**»(١).

إلا أن هذا مردود بأن المالك قادر على دفع هذا الضرر بإخراج الموصى بمنفعته عن ملكه، كما أن القياس على الزوج قياس معارض بالقياس على العبد المستأجر، ومخالف لقاعدة أنه لا يجب على أحد أن ينفق مال غيره.

أما الاحتجاج بحديث الخراج بالضمان فغير واضح ولا يسلم؛ لأن معنى الحديث أن الغلة لمن عليه الضمان، وأن من يجب عليه ضمان الشيء تكون له غلته، وليس معناه أن النفقة تابعة للمنفعة، فلا يصح الاحتجاج به في الموضوع.

٣ ـ القياس على نفقة الزوجة، فإنها على الزوج؛ لانتفاعه بها على الزوجة، وكذا الموصى له ينتفع بالعين الموصى بها.

والأقرب في هذه المسألة ما ذكره الحنفية من التفصيل.

فرع: إذا انتهت المدّة والأشجار مثمرة، فإن الثمار تكون للموصى له، إذا كانت مزهية، وإن كانت لم تؤبر فهي لورثة الموصي.

واختلف في المؤبرة التي لم تزه، فقيل: للموصى له، وقيل: لورثة الموصي.

والأقرب: أن الحكم منوط بالتأبير، كما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما:

(٢١٦) فقد روى البخاري ومسلم من طريق نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»(٢).

---

(١) سبق تخريجه برقم ٩.

(٢) صحيح البخاري في البيوع: باب من باع نخلاً قد أبرت (٩٠٢٠)، ومسلم في البيوع: باب من باع نخلاً... (١٥٤٣).

أما إذا كانت الوصية بما يلده الحيوان، فإن النتاج المولود بعد انتهاء المدة يكون لورثة الموصي، ولا حق فيه للموصى له؛ لعدم دخوله في الوصية.

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني عشر
في بيع العين الموصى بمنفعتها

اختلف الفقهاء في بيع العين الموصى بمنفعتها للموصى له أو غيره.

القول الأول: أنه لايجوز بيعها لغير الموصى له لما يلزم على ذلك من بيع معين يتأخر قبضه، إذا كانت الوصية مؤقتة، أو بيع ما لا منفعة فيه إذا كانت مؤبدة، وكلاهما لا يجوز.

وهو مذهب مالك[١].

واختلفوا في بيعها للموصى له، فقال مالك بالجواز مرة، وبالمنع مرة.

وقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا لضرورة.

القول الثاني: يجوز بيعها للموصى له ولغيره، كانت المدة معلومة أو مجهولة.

واختلفوا إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لحملها على التأبيد عندهم، فقيل: لا يجوز بيعها مطلقاً للموصى له ولغيره، وقيل: يجوز مطلقاً.

والأصح عندهم: جواز بيعها للموصى له دون غيره في هذه الحالة، كما أجازوا بيعها إذا اتفق الموصى له والورثة، أو الموصى له بالرقبة على بيع الرقبة والمنفعة في صفقة واحدة، ويوزع الثمن بينهما بنسبة قيمة الرقبة، وقيمة المنفعة.

---

(١) الذخيرة ٧/ ١٣٠، ٨٧، الوصايا والتنزيل ص٣٤٦.

وهو قول الشافعية[١].

واختلف الحنابلة: على قولين بالجواز مطلقاً، والجواز من المالك دون غيره.

القول الثالث: يجوز بيعها للموصى له، وتبطل الوصية، كما تبطل إذا وافق الموصى له على البيع، ولا شيء له من الثمن، ومنعوا بيعها لأجنبي.

وبه قال الحنفية[٢].

وأجاز أبو ثور بيعه، واشتراط المنفعة للموصى له.

الأدلة:

حجة من منع البيع مطلقاً: أنه يلزم عليه بيع معين يتأخر قبضه إذا كانت الوصية مؤقتة، وبيع ما لا منفعة فيه إذا كانت الوصية مؤبدة، وتعلق حق الموصى له بمنفعة المبيع أيضاً.

وحجة من أجاز ذلك مطلقاً: ثبوت ملكية العين للوارث، فيجوز له بيعه كسائر الأملاك.

وحجة الفرق بين بيعه للموصى له وبيعه لغيره: أن يبعه للموصى له فيه منفعة للموصى له بتملك العين بعد ملكه المنفعة بخلاف بيعه لغيره، فلا منفعة فيه للمشتري، فلا يجوز.

وأما من فرق بين الوصية المؤبدة وغيرها فحجته: أن الوصية المؤقتة تنتهي بانتهاء الوقت، فتعود العين إلى مشتريها ينتفع بها، فالمنفعة فيها موجودة، وإن كانت مؤجلة فكان كشراء صغير لا نفع فيه وقت الشراء، ولكنه يؤول إلى النفع.

والأقرب: أنه يجوز بيع العين الموصى بمنفعتها إذا كانت الوصية مؤقتة،

---

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٨٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٣.

أو كان البيع للموصى له، أو كانت مؤبدة، والبيع لغير الموصى له، وترتب على ذلك غرض صحيح.

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث عشر
هلاك العين الموصى بمنفعتها

هذا لا يخلو من أحوال:

الحال الأولى: هلاك العين الموصى بها على وجه لا يمكن استرجاعها.

إذا هلكت العين الموصى بمنفعتها على وجه لا يمكن معه استرجاعها كسيارة احترقت بلا جناية أحد بطلت الوصية.

الحال الثانية: هلاك العين الموصى بمنفعتها على وجه يمكن استرجاعها كالبيت التي انهدمت، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: تبطل الوصية، فإذا أعيد بناؤها بأنقاضها عادت، وإن أعيدت بغير أنقاضها، فاحتمالان:

الأول: بطلانها.

الثاني: عودها بنسبة أنقاضها، فتقسم غلتها بين الموصى له والورثة.

وبه قال الشافعية[١].

القول الثاني: أنه يقال للموصى له ابن واستغل.

وبه قال الحنفية[٢].

---

(١) المصادر السابقة للشافعية.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

وإن كان الهلاك باعتداء على العين، فللعلماء قولان:

القول الأول: يشترى بالقيمة مثل العين وينتفع بها الموصى له كالأولى.

وبه قال جمهور أهل العلم[١].

قال القرافي: «وإن هدمها ـ أي: الأرض الموصى بمنفعتها ـ أحد غرم ذلك وبنيت له، والوصية على حالها، وكذلك لو قطع نخل الحائط».

وحجته:

١ ـ أن البدل له حكم المبدل.

فكل حق تعلق بعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سببه.

٢ ـ أن الأصل بقاء حقه.

القول الثاني: بطلان الوصية، واستحقاق الورثة القيمة.

وهو المعتمد عند المالكية، وقول للحنابلة[٢].

وحجته:

١ ـ أن القيمة الواجبة في هلاك العين هي بدل عن رقبة العين المعتدى عليها فتكون للورثة؛ إذ هي ملكهم.

ونوقش: بالتسليم، لكنها بدل، والبدل له حكم المبدل.

٢ ـ القياس على الإجارة، فإنها تبطل بهلاك العين المستأجرة.

ونوقش: بوجود الفرق بين العين الموصى بمنفعتها، والعين المؤجرة، كما تقدم قريباً.

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة دليله.

---

(١) المصادر السابقة، الذخيرة ٧/ ١٢٩، شرح الزرقاني ٨/ ١٩٧، المغني ٦/ ٦٣، الوصايا والتنزيل ص٣٤٦.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والحنابلة.

الحال الثالثة: إذا لم تهلك العين، وإنما تعطلت، كسيارة خربت، فإن الموصى له يخير بين إصلاحها، والانتفاع بها، أو ردها على الورثة وسقوط حقه في الوصية، قياساً على العبد الجاني يخير سيده في فدائه، أو تسليمه لولي الجناية.

❋ ❋ ❋

المطلب الرابع عشر
انتهاء الوصية بالمنفعة

تنتهي الوصية بالمنفعة بأمور:

الأول: استحقاق العين الموصى بمنفعتها، أو استحقاق المنفعة، كما لو أوصى بسكنى دار تبين أنها ملك لغيره، أو محبسة، أو مؤجرة مدة الوصية، ونحو ذلك؛ لأنها وصية بما لا يملك.

الثاني: هلاك العين الموصى بمنفعتها.

الثالث: وفاة الموصى له. وتقدم هل تورث المنفعة الموصى بها في المطلب الرابع.

الرابع: هلاك الموصى له في الوصية لجهة بر معينة، مثل الوصية بغلة أرضه للمسجد الفلاني، أو المدرسة الفلانية، فإذا انهدم المسجد أو المدرسة، وأيس من إعادتهما، أو لم يوجدا فإن الوصية تبطل، وتعود المنفعة لورثة الموصي، بخلاف الحبس فإنه إذا تعطل مصرفه لا يبطل بذلك، ويصرف في مثله.

الخامس: تنازل الموصى له عن حقه في المنفعة للورثة، أو بعضهم إذا قبل ذلك منه.

السادس: شراء الموصى له العين الموصى بمنفعتها.

❊ ❊ ❊

المطلب الخامس عشر
الوصية ببعض منفعة العين، أو منفعة بعض العين

الوصية بمنفعة بعض العين فقط، أو بعض منفعة العين، كالوصية بمنفعة جميع العين، موضع خلاف:

القول الأول: بالنسبة للوصية ببعض غلتها يجب وقفها كلها، فإذا أوصى بثلث غلة أرضه، أو داره، أو بستانه، أو نصف ذلك، أو ربعه لم يكن للورثة حق في قسمة الأرض أو الدار أو البستان، وتوقف هذه الأعيان كلها مدة الوصية؛ لتعلق حق الموصى له بغلة العين كلها، فيجب وقفها، وقسم غلتها، سواء كانت العين تقبل القسمة كالأرض، أو لا تقبلها كالحيوان، والسفن.

وبالنسبة للموصى له بغلة بعضها هناك فرق بين ما يقبل القسمة، وما لا يقبلها.

فإن كان لا يقبل القسمة أصلاً، كالحيوان، أو لا يقبلها إلا بفساد كالسفينة، فإن العين الموصى بمنفعة بعضها يجب وقفها كلها، وقسم غلتها، فإذا أوصى بغلة ثلث سيارته، أو دابته وقفت هذه الأعيان مدة الوصية. ويعطى للموصى له نصيبه في الغلة، ولا يعطونه جزء العين يستغله؛ لتعذر قسمتها بلا ضرر.

واختلف إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، مثل الوصية بغلة ثلث أرضه أو غلة نصف بستانه، فللورثة أن يقاسموا الموصى له، فيعزلوا له نصف البستان، أو ثلث الأرض بحسب وصيته، تكون له غلته مدة الوصية، سواء

أغل أو لم يغل، ويتصرف الورثة في الباقي، قياساً على الوصية بثلثه ملكاً، وقيل: ليس لهم مقاسمته وتوقف العين كلها، كالوصية بجزء الغل.

وهو قول المالكية[١].

القول الثاني: أن من أوصى بثلث غلة بستانه أبداً، ولا مال له غيره، أنه يجوز للورثة أن يقاسموا الموصى له، ثم إذا أغل نصيب الورثة دون نصيب الموصى له، أو العكس فإنه يشاركهم ويشاركونه في الغلة الحاصلة في نصيب بعضهم دون بعض.

واختلفوا إذا كانت الوصية بثلث غلة الدار.

قال أبو حنيفة: «ليس لهم أن يقاسموه خشية تعطل غلتها بالقسم».

وقال أبو يوسف: «لهم أن يقاسموا، ويعزلوا له الثلث، فإن أغل فهو ماله، وإن لم يغل فليس له شيء»[٢].



---

(١) المصادر السابقة للمالكية، الوصايا والتنزيل ص٣٤٦.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

المطلب السادس عشر
فوات المنفعة الموصى بها

وتحت هذا مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون المانع راجعاً للموصي، كما لو أجر العين الموصى بمنفعتها في حياته، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: إن كانت الإجارة نسيئة، فالأجرة للموصى له بالمنفعة، وإن كانت بنقد قبضه الموصي في حياته، فلا حق للموصى له في الأجرة.

وهو قول المالكية(١).

وحجته: إن كان نسيئة فإن الموصي لم يقبض الإجرة، فتبقى للموصى له.

القول الثاني: أن الوصية تبطل في مدة الإجارة.

وهو قول الشافعية.

وحجته: تعلق حق الموصي بالمنفعة مدة إجارتها، فكان ذلك بمنزلة الرجوع.

والأقرب: القول الأول؛ لما فيه من التفصيل.

المسألة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم، منعوه من تسلم العين الموصى بمنفعتها، أو استغلوها لحسابهم، فيلزمهم غرم ما فوتوه على

(١) المصادر السابقة للمالكية.

الموصى له من المنفعة، يغرمون له قيمتها؛ لأنها من المقومات التي تضمن بالقيمة، لا بالمثل[١].

المسألة الثالثة: أن يكون المانع راجعاً إلى بعض الورثة فقط، والواجب فيها ضمان قيمة المنفعة، وإلزام الوارث الذي فوتها بغرم قيمة المنفعة.

المسألة الرابعة: أن يكون المانع راجعاً لعذر منع الموصى له من الاستيفاء حتى مضت المدة، أو بعضها، بسبب مرض الموصى له، أو غيبته، أو حبسه، وقد نص الشافعية والحنفية: على بطلان الوصية، وسقوط حق الموصى له في حال عذره[٢].

❋ ❋ ❋

المطلب السابع عشر
اجتماع الوصية بالمنفعة، والوصية بالرقبة في عين واحدة

يصح اجتماع الوصية بمنفعة شيء والوصية برقبته في وصية واحدة، أو في وصيتين منفصلتين؛ لأن كل واحد من الوصفين مشروع في انفراد، فلا يمنع اجتماعهما في عين واحدة[٣]، وهي مستثناة من قاعدة: منع استثناء منفعة العين عند التصرف فيها[٤].

وتحت هذا حالتان:

---

(١) الوصايا والتنزيل ص٣٤٦.

(٢) المصادر السابقة للحنفية والشافعية.

(٣) المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٦٢، نهاية المحتاج ٦/ ٥٠، الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٢١.

الأولى: أن يكون الموصى له بالرقبة هو الموصى له بالمنفعة، وقد ذكر لها المالكية صورتين:

١ ـ الوصية لمن يولد لفلان، فهي وصية بالمنافع ابتداء وبالرقبة انتهاء عند انحصار الأولاد.

٢ ـ أن يوصي لشخص بعينه بمنفعة ملك من أملاكه مدة معينة يصير بعدها ملكاً له، مثل: الوصية بسكنى داره، أو غلة أرضه لحفيده مدة عشر سنين أو عشرين سنة أو حتى يرشد، ثم يصير ملكاً له بعد بذلك يتصرف فيه كيف شاء.

فيجب العمل فيها بشرط الموصي، فيمنع الموصى له من تفويتها قبل الأجل المحدد إلا أن تقل غلة ما أوصى له بغلته، وتعجز عن كفايته، فيجوز له البيع بقدر حاجته، ويمنع من بيع الجميع؛ لأن البيع رخصة للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها[1].

الحال الثانية: أن يوصي بالمنفعة لشخص، وبالرقبة لآخر، وهي مثل الأولى في المشروعية، **والحديث عنها ينحصر في أربع مسائل**:

المسألة الأولى: وهي ما يستحقه كل واحد منهما، فإن هناك خلافاً بين الفقهاء:

فمذهب المالكية، والشافعية: أن لكل واحد منهما ما وصي له، فالموصى له بالمنفعة يستحق المنفعة، والموصى له بالرقبة يسحق الرقبة؛ لأنه لا تناقض بين الوصيتين فتنفذان معاً، إلا أنه يبدأ بالمنفعة، فإذا استوفى الموصى له بالمنفعة منفعته، وانتهت هذه الوصية بوفاته أو انتهاء مدتها، فإن الرقبة تعود ملكاً للموصى له به بالرقبة عملاً بقاعدة: تقديم الخاص على العام؛ لأن الوصية بالرقبة تستلزم الوصية بالمنفعة ما دامت العين الموصى بها، والوصية بالمنفعة وصية بالمنفعة مدة محددة بحياة الموصى له أو وقت

---

(١) المعيار ٧/ ١٨٢، النوازل الصغرى ٤/ ٥١٣، الوصايا والتنزيل ص٣٤٦.

معلوم، فهي وصية خاصة في الزمان والوصية بالرقبة عامة فيه، والخاص مقدم على العام تقدم عنه أو تأخر.

وقال ابن القاسم: إذا أوصى بخدمة العبد لشخص ورقبته لآخر، ولم يؤقت: أنهما يتحاصان في الخدمة يضرب الموصى له بالرقبة بقيمة الرقبة، ويضرب الآخر بقيمة المنفعة.

وفرق الحنفية بين تقدم الوصية بالرقبة على الوصية بالمنفعة وتأخرها عنها:

أ ـ فقالوا: إذا أوصى بالرقبة أولاً والمنفعة ثانيا كان لكل واحد منهما ما وصي له به، سواء كانت الوصيتان متصلتين أو منفصلتين.

ووجهوه بوجهين[1]:

الأول: أن الوصية بالمنفعة لغير الأول الموصى له بالرقبة يعتبر رجوعاً عن الوصية بالمنفعة.

الثاني: أن لفظ العين واسمها لا يتناول منفعتها لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن، فاسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجر لا يتناول الثمر لا بطريق العموم، ولا بطريق التضمن، فالوصية بالعين لا يتناول الوصية بما ذكر إلا بالتبع، فإذا جاءت الوصية بالمنفعة لشخص آخر غير الموصى له بالعين تبين أنها غير تابعة للوصية بالعين.

ب ـ وإن بدأ بالوصية بالمنفعة قبل الوصية بالعين، فإن كان ذلك متصلاً فلكل واحد منهما وصيته، وإن ذكر مفصولاً فالرقبة للموصى له بالرقبة وحده والمنفعة بينهما نصفان؛ لأن الوصية بالرقبة تشمل الوصية بالمنفعة، وبذلك تكون المنفعة موصى بها لكل منهما، للموصى له بالمنفعة أصالة والموصى له

---

(١) البدائع ٧/ ٣٨٣.

بالرقبة تبعاً فيشتركان فيها، وتبقى الرقبة سالمة للموصى له بالرقبة لا يزاحمه فيها أحد، فتكون له، ويختص بها[١].

المسألة الثانية: إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته، فإن هناك اتفاقاً بين المذاهب الأربعة على أن المنفعة ترجع لورثة الميت، ولا تكون للموصى له بالرقبة لبطلان الوصية بالمنفعة، والقاعدة: أن الوصية الباطلة ترجع لورثة الموصي[٢].

فإن وهبها للموصى له بالرقبة، أو باعها له، فإن المنفعة تكون للموصى له بالرقبة؛ لأن بيع الوصية أو هبتها يعتبر قبولاً للوصية، كما قال مالك[٣].

المسألة الثالثة: إذا كانت العين الموصى برقبتها ومنفعتها لا يحملها الثلث، فإن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصيتين، أو يعطوا للموصى لهما ما حمله الثلث في العين الموصى بها، وينتفع به الموصى له بالمنفعة أولاً حتى تنتهي وصيته بوفائه أو بلوغ الأجل المحدد، ثم تنتقل رقبة ما حمله الثلث إلى الموصى له بالرقبة[٤].

فإذا كانت الوصية بسكنى دار لشخص وبرقبتها للآخر، وقيمتها مئة، والتركة كلها مئتان وأربعون، فإن الموصى لهما يستحقان أربعة أخماس الدار إذا أبى الورثة إجازة الجميع؛ لأن ثلث الميت ثمانون تجمع للموصى لهما في الدار، وذلك أربعة أخماسها ينتفع بها الموصى له بالسكنى حتى تنتهي مدة وصيته، ثم تعود الأخماس الأربعة للموصى له برقبتها زادت قيمتها أو

---

(١) المرجع السابق، وانظر: الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٥.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٥، المدونة ٤/ ٢٩٤، نهاية المحتاج ٦/ ٨٩.

(٣) المدونة ٤/ ٢٩٤.

(٤) المدونة ٤/ ٣٠٢، الذخيرة ٧/ ١٠٧، ١٠٨، الوصايا والتنزيل ص٣٤٧.

نقصت؛ لأن المعتبر في القيمة يوم القسم لا يوم مرجع الوصية للموصى له بالرقبة[١].

وفي حالة وجود وصية أخرى معها، فإن الموصى لهما بالرقبة والمنفعة إنما يحاصصان بقيمة الرقبة فقط؛ لأن وصيتهما وصية واحدة كما لو أوصى بثلاثمئة لشخص، وأوصى لآخر بسكنى داره، ولثالث برقبتها، وضاق الثلث، فعند المحاصة يضرب صاحب الثلاثمئة بثلاثمئة، ويضرب الموصى لهما بالرقبة والمنفعة بقيمة الدار فقط[٢].

المسألة الرابعة: إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها حتى تنتهي مدة الوصية بها، فإن العين الموصى بها تسلم للموصى له برقبتها عاجلاً، ولا ينتظر انتهاء مدة الوصية بالمنفعة؛ لأنه لا فائدة من الانتظار[٣].



المطلب الثامن عشر
الوصية بالثمرة، والغلة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والشافعية[٦]،

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الذخيرة ٧/ ٨٩.

(٤) المبسوط ٢٨/ ٢ ـ ٤، البحر الرائق ٨/ ٤٥١ ـ ٤٥٣، حاشية رد المحتار ٦/ ٦٥٠.

(٥) الخرشي ٨/ ١٦٩، جواهر الإكليل ٢/ ٣١٧، منح الجليل ٤/ ٦٤٥.

(٦) الحاوي ٨/ ٢٢٧، حلية العلماء ٦/ ٩٣، قليوبي وعميرة ٣/ ١٦٠.

والحنابلة[١] على جواز الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار، وما ينتجه البستان من الغلة؛ وذلك:

١ ـ لعموم أدلة الوصية.

٢ ـ ولثبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء كالوصية باللبن في الضرع، والصوف على الظهر.

٣ ـ ولأنها مما يورث ويوهب[٢].

٤ ـ ولأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة، فلأن تستحق بالوصية أولى؛ لأنها أوسع باباً من غيرها[٣].

واختلفوا: هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمرة، أم أنهما في الوصية شيء واحد؟ على قولين:

القول الأول: التفرقة في الوصية بين الغلة، والثمرة.

فقالوا: إذا أوصى بثمرة بستانه فإن أطلق في وصيته، ولم ينص على التأبيد لم يستحق الموصى له من الثمر إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصي دون غيره مما يحدث بعد وفاته، فإن نص على التأبيد بأن قال له: ثمرة بستاني أبداً، فإن الموصى له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصى، وما يحدث بعد وفاته ما دام حياً.

ومثل ذلك: ما لو أوصى له بثمرة بستانه، ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته، فإنه يتناول الثمرة المعدومة مدة حياة الموصى له؛ لأن في ذلك قرينة على أنه

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٧٣، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٢/ ٤٦.
(٢) حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي ٣/ ١٦٠.
(٣) تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٤.

يريد ما سيحدث بعد وفاته، وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية؛ لأن الثمرة في الموجود حقيقة، وليست بموجودة فتبطل[(١)].

وفي الاستحسان: لا تبطل الوصية، ويقع على الحادث، ويصير كما لو ذكر الأبد[(٢)].

ووجه الاستحسان: حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء[(٣)]، وبه قال الحنفية[(٤)].

قال الزيلعي: «فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً، وبالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً، فحينئذ يصير كالغلة، فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: (وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي: إذا زاد في الثمرة لفظة أبداً صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود، وما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل: التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود، وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا يتناول المعدوم إلا بدليل

---

(١) نتائج الأفكار ١٠/ ٤٩٠، ٤٩١، حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٤.

(٢) البحر الرائق ٨/ ٤٥١، نتائج الأفكار ١٠/ ٤٩١، حاشية الشلبي ٦/ ٢٠٤.

(٣) نتائج الأفكار ١٠/ ٤٩١.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٤، ٣٥٥، تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٣، ٢٠٤، البحر الرائق ٨/ ٤٥١ - ٤٥٣، أحكام الشجر ص٤٣٢.

زائد عليه، وإنما قيده بقوله: (وفيه ثمرة)؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة، والمسألة بحالها؛ فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك»[١].

وحجته: أن الثمرة اسم لموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه[٢]، والله أعلم.

القول الثاني: أنه ليس هناك فرق في الوصية بين الثمرة والغلة لا من حيث المعنى، ولا من حيث الدلالة، فإذا أوصى بثمرة بستانه أو غلته، فإن الموصى له يستحق ما كان موجوداً بعد وفاة الموصي، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم نص على التأبيد، ما لم توجد قرينة تدل على إرادة غير ذلك، كأن يوصي له بثمرة بستانه سنة بعينها، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له[٣].

وبه قال المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

---

(١) تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) انظر: الهداية ٤/ ٢٥٥، تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٤.

(٣) المغني ٨/ ٤٦٠.

(٤) الخرشي ٨/ ١٦٩، جواهر الإكليل ٢/ ٣١٧، منح الجليل ٤/ ٦٤٥.

(٥) مغني المحتاج ٣/ ٦٤، قليوبي وعميرة ٣/ ١٦٠.

(٦) الإنصاف ٧/ ٢٥٢، كشاف القناع ٤/ ٣٦٨، ٣٧٣.

الترجيح:

والأقرب أن يقال: إن كان في الوصية تحديد مدة رجع إليها، فإن لم يكن رجع إلى الأعراف وقرائن الأحوال.

❋ ❋ ❋

المطلب التاسع عشر
الوصية بثمرة شجرة سنة معينة لم تحمل فيها

إن وصى له بثمرتها سنة معينة، فلم تحمل في تلك السنة، فلا شيء للموصى له؛ لفوات محل الوصية[(١)]، نص عليه: الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

❋ ❋ ❋

المطلب العشرون
الوصية بثمرة شجرة معينة أول عام تثمر

إن قال الموصي لزيد: لك ثمرتها أول عام تثمر صح، وله ثمرتها في ذلك العام؛ تنفيذاً للوصية[(٤)].



---

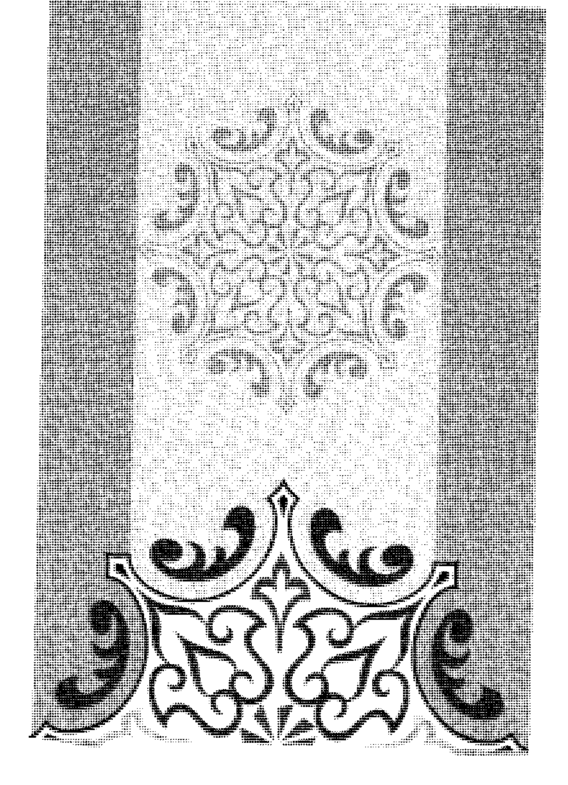
(١) كشاف القناع ٤/ ٣٧٣.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٦٤.

(٣) كشاف القناع ٤/ ٣٧٣.

(٤) انظر: كشاف القناع ٤/ ٣٧٣.





الباب الخامس

مصرف الوصية، وقسمتها

وفيه فصول:

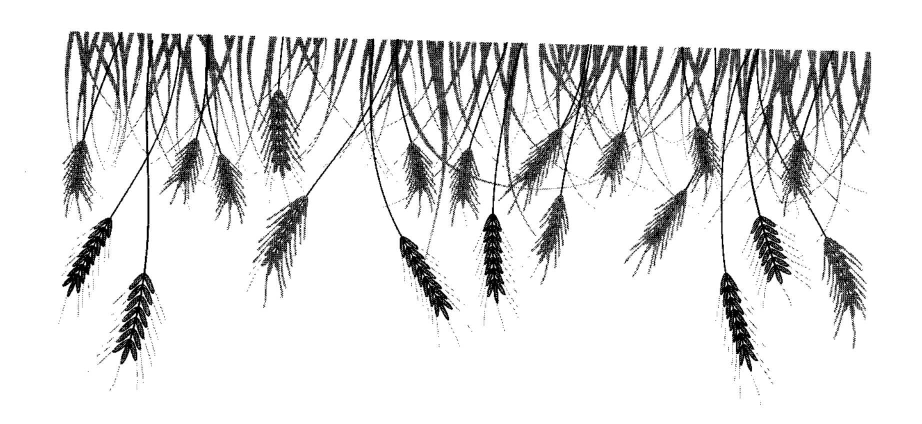
الفصل الأول: مكان صرف الوصية، وزمانه، والمتولي لذلك.

الفصل الثاني: الوصية بالأنصباء، والأجزاء، والأعيان، والمرتبات.

الفصل الثالث: مصرف الوصية لغير معين.

الفصل الرابع: تعدد الوصايا، والمحاصة بينها.





الفصل الأول

مكان صرف الوصية، وزمانه، والمتولي لذلك

وفيه مباحث:

المبحث الأول: مكان صرف الوصية.

المبحث الثاني: زمان صرفها.

المبحث الثالث: المتولي لصرفها.



المبحث الأول
مكان صرف الوصية

يختلف مكان تنفيذ الوصية باختلاف الموصى به والموصى له، فبالنسبة للموصى به المعين المنقول يتم تنفيذ الوصية به في مكان الوصية إذا كان الموصى به حاضراً، وإن كان غائباً فعلى الموصى له نقله وإحضاره؛ لأنه ملكه وماله، ولا يجب على الورثة إحضاره أو الإنفاق عليه لإحضاره؛ لأن الوصية وقعت بعينه فقط[١].

وبالنسبة للموصى به غير المعين كدراهم، أو طعام، أو ثياب، فإنها تسلم للموصى له المعين في مكانها.

واختلف إذا كانت الوصية لغير معينين، كالفقراء والمساكين والمرضى:

فقال المالكية: يجوز نقلها من بلد الوصية إلى غيره لمسافة قصر كالزكاة، إلا أنه ينبغي البدء في القسم بالجيران، ثم الذين يلونهم ممن يستحقونها ويشملهم لفظها، ولا يتعين توزيعها ببلد الوصية في حالة الإطلاق، وفي حالة نقلها، فإن نفقة الحمل وأجرته تكون من الوصية، ولا تكون من التركة.

وقال الشافعية: يجوز نقلها إلى بلد غير بلد الوصية، إلا أن يخص الموصي أهل بلد فيتعين صرفها إليهم[٢]، مثل الوصية لفقراء مكة ومساكين المدينة.

---

(١) الذخيرة ٧/ ١٤٢، المعيار ٩/ ٥٣١، ٥٣٢.

(٢) الأم ٤/ ٩٢، نهاية المحتاج ٦/ ٧٨، ١٠٦.

ووجه ذلك ظاهر؛ لأنه إذا أطلق يكون اللفظ عاماً، والعام في الأشخاص يستلزم العموم في الأمكنة، وفي حالة التقييد يكون عين المكان مشترطاً، والمسلمون على شروطهم[١]، وأيضاً يكون الكلام خاصاً ومقيداً بأهل ذلك المكان، والخاص يجب إبقاؤه على خصوصه، كما يجب إبقاء المقيد على قيده[٢] والعمل بهما كذلك.

وقال بعض الحنفية: المعتبر مكان المال كالزكاة، ويكره نقلها من بلد لبلد، وإذا عين الموصي أهل بلد جاز دفعها لغيرهم، فإذا أوصى لفقراء مكة جاز دفعها لفقراء المدينة، وإذا أوصى لفقراء العراق جاز دفعها لفقراء مصر وهكذا[٣].

ولعل هذا مبني على أصلهم في عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة خاصة، وأن هذا مفهوم اللقب، فإذا قال: فقراء مكة، لم يكن للفظ مكة مفهوم مخالف عندهم[٤].



---

(١) سبق تخريجه برقم (١٦٩).

(٢) البحر المحيط للزركشي ٥/ ٨.

(٣) الفتاوى الهندية ٦/ ١٩٠، ١٣٤.

(٤) الوصايا والتنزيل ص٣٤٥.

المبحث الثاني
زمان صرفها

الوصية تبرع بعد الموت لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، ولا تنفذ في حياته وحال مرضه؛ لاحتمال رجوعه عنها، أو حدوث نقصان في المال أو طروء آفة عليه، ولأنها لا يستحقها الموصى له إلا بعد موت الموصي إجماعاً[١].

فإن تسرع الوصي ونفذها قبل وفاة الموصي ضمن ما فرقه في حياة الموصي، ويفرقها بعد وفاته بأمر الحاكم، ولا يستقل بتفريقها[٢].

وإذا نفذها الوصي بنفسه قبل وفاته بطلت الوصية، ولا تنفذ ثانية بعد موته[٣].

إذا عين الموصي وقتاً لتنفيذ وصيته لزم الوقوف عند وصيته، كما لو أوصى أن يحج عنه بعد عام، أو أوصى بسكنى داره بعد عام من موته، ونحو ذلك.

واختلف إذا لم يعين وقتاً هل يجب تنفيذها فوراً أو لا ؟

فقال القرافي، والشافعي، والحنابلة: يجب تنفيذها فوراً، ولا يجوز التراخي، بناء على أن الأمر للفور.

---

(١) البداية ٢/ ٣٣٠.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٥.

(٣) المعيار ٩/ ٣٧٨، ٣٨٩.

قال البهوتي: «(فهي) أي: الدية (ميراث تحدث على ملك الميت)؛ لأنها بدل نفسه ونفسه له، فكذلك بدلها، ولأن دية أطرافه في حال حياته له، فكذلك دية نفسه بعد موته (فيقضى منها) أي: الدية (دينه، ويجهز منها إن كان) أخذها (قبل تجهيزه)»[١].

وسئل ابن زرب فيمن جعل له تنفيذ الوصية هل عليه أن يعجل بتنفيذها أم لا؟

فأجاب: لا يعجل الوصي بتنفيذ عهد الموصي حتى يتبين ويكشف إن كان عليه دين، أو تباعة، أو له شريك في مال، وحتى يعذر إلى الورثة في العهد، أو يقروا على أنفسهم به، وإن نفذ العهد قبل الإعذار أو قبل التزام الورثة له، وقبل فحص الوصي عن تباعات الموصي؛ فهو ضامن إذا عجل التنفيذ جداً، وإذا كان معروفاً بالدين فنفذ الوصي الوصية، ثم تلف باقي ماله بعد أن أبرز الدين لغرمائه، ضمن الوصي للغرماء وضمن للورثة ما نفذ زائداً على ثلث مال الموصي بعد أداء دينه، إلا أن يكون الدين قد أبرز للغريم بحكم، فلا ضمان على الوصي، ولا يرجع الغرماء فيما في أيدي الورثة.

ويدل له ما روي عن ابن الزبير رضي الله عنه أنه أوقف وصية أبيه أربع سنوات، وهو يتقصى ما عليه من الديون قبل تنفيذها[٢].

فإن عجل بتنفيذ الوصية قبل الإعذار للورثة، وقبل التقصي عن الديون ضمن ما يترتب على تعجيله من ضياع حق الورثة، أو أرباب الديون[٣].

كما أنه إذا ماطل وسوف في تنفيذها أكثر مما يجب، ومن غير عذر فإنه

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٣٤.

(٢) القسطلاني ٥/ ٢١٣، البخاري بشرح الفتح ٦/ ٢٢٨.

(٣) المعيار ٩/ ٣٨٥.

يأثم بذلك، ولما فيه من ظلم الموصى له بتأخير حقه، وحبسه عنه بغير عذر، وقد قال النبي ﷺ: «**ليّ**[١] **الواجدِ**[٢]، **يحل عِرضهُ وعُقُوبته**»[٣].

ولا يقبل منه دعوى تنفيذها بعد ذلك إلا ببينة على الدفع، أو براءة من القاضي لتعلقها بذمته[٤].

وإذا ما ترتب على تأخيره ضياع الموصى به لزمه غرمه؛ **لما يلي**:

١ ـ لتعديه لحبسه عن أهله بعد إمكان تنفيذه.

٢ ـ وقياساً على ضياع الزكاة بعد التمكن من أدائها.

٣ ـ وعلى منع الشريك من نصيبه بعد طلبه حتى ضاع.

٤ ـ وعلى امتناع المودع من رد الوديعة بعد طلبها حتى ضاعت.

٥ ـ وعلى حبس الوصي مال اليتيم بعد رشده حتى هلك المال.

وفي حالة غيبة الموصى له المستحق للوصية، فإن الموصى به يبقى تحت يد المكلف بتنفيذ الوصية، وكذلك قبل قبولها.

وللشافعية قولان فيمن توضع الوصية عنده قبل قبول الموصى له:

الأول: أنها توضع تحت يد الوصي، حتى يحضر الموصى له من غيبته، فإن قبلها سلمت له، وإن ردها دفعت للورثة.

القول الثاني: أن للورثة الامتناع من وضعها تحت يد الوصي، وتوضع تحت يد الحاكم إلى أن يستقر أمرها[٥].

---

(١) ليّ: «اللي بالفتح»: المطل.
ينظر: فتح الباري (٥/ ٧٦)، النهاية في غريب الحديث (٤/ ٢٨٠).

(٢) «الواجد»: الغني، أي: القادر على قضاء دينه. النهاية في غريب الحديث (٥/ ١٥٥).

(٣) يحل عقوبته وعرضه: قال ابن المبارك: «يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس له» سنن أبي داود (١٤/ ٣١ ـ ٣٢)، ح (٣٦٢٨)، وتقدم تخريجه برقم (٢٠).

(٤) نفس المرجع ٩/ ٥٠٨.

(٥) نهاية المحتاج ٦/ ٩٨.

فإن حضر بعض الموصى لهم، وأثبت الوصية، وطلب حصته، فإنها تعطى له، ولا يمتنع من حقه حتى يحضر الغائب، فإن سلم المال فذاك، وإلا شارك الذي لم يأخذ الذي أخذ بقدر حقه، ولا يكون أخذه السابق قسمة[١].

وقال المالكية: لا يصح للحاضر أخذ نصيبه في الوصية المشتركة قبل قدوم شريكه الغائب، ولا يجوز للوصي تسلميه ذلك؛ لأن القسمة على الغائب من اختصاص الحاكم، ويجوز لغيره أن يقسم عليه[٢].

واختلف إذا كان في الورثة حمل ينتظر زيادته:

فقال أشهب: تنفذ الوصايا؛ لأن الأصل عدم الهلاك.

وقال مالك: تؤخر الوصايا حتى يتبين الأمر؛ ويوقف الثلثان فربما هلك فيرجع الورثة على الموصى له بثلثي ما أخذه، وقد يفوت ما في يده أو يعدم.

وتعجل الوصية على الراجح لصاحبها إذا كانت بدراهم أو دنانير مرسلة؛ لأن الوصية بالعدد واجبة الإخراج كالدين، كما قال القرافي[٣].

قال: «ولو كانت الوصية بعدد دنانير عجل، ووقف الباقي اتفاقاً؛ لأن الوصية بالعدد واجبة الإخراج كالدين».

وأما الدين أيضاً فقيل: يعجل قبل وضع الحمل، وهو المشهور.

وقيل: يؤخر حتى يوضع الحمل، ويعين له وصي، ويعذر إلى الوصي في ثبوت الدين[٤].



---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٣١.

(٢) راجع البهجة ٢/ ١٢٥.

(٣) الذخيرة ٧/ ١٤٣.

(٤) المغني ١٠/ ٤٤٢، الوصايا ص٣٤٥.

المبحث الثالث
المتولي لصرفها

الحق في تنفيذ الوصية للوصي المعين من قبل الميت، وإلا فالحاكم، أو الوارث.

قال شيخ الإسلام: «ومن أوصى بإخراج حجة، فولاية الدفع والتعيين للوصي الخاص إجماعاً، وإنما للولي العام الاعتراض عليه لعدم أهليته أو فعله محرماً، وما أنفقه وصي متبرع بالمعروف في شؤون الوصية فمن مال اليتيم»[١].

وأجاز الشافعية: للموصى له أخذ وصيته بنفسه من التركة إذا كانت معينة.

كما أجازوا للأجنبي أخذها لتسليمها لربها المعين من غير إذن الوَرثة أو الوصي[٢].

قال الرملي: «وإن كان لمستحقها الاستقلال بأخذها من التركة، بل لو أخذها أجنبي من التركة، ودفعها إليه لم يضمنها كما صرح به الماوردي؛ وذلك لأن الوارث قد يخفيها أو يتلفها، ويطالب الوصي الوارث بنحو ردها ليبرأ الميت وتبقى تحت يد الوصي لا الحاكم لو غاب مستحقاً، وكذا لو تعذر قول الموصى له بها».

---

(١) الاختيارات ص٤٤٢.

(٢) نهاية المحتاج ٦/٩٨.

وللموصي الحق في تعيين من شاء لتنفيذ وصيته وتوزيعها على مستحقيها، وإيصالها لهم؛ لأنه نائب عن الميت، وهو قد رضي به وائتمنه على ما هو عليه[١]، ولا اعتراض لأحد من الورثة أو الموصى لهم ولا للحاكم على تعيينه، ولا حق لهم في عزله، كما أنه لا حق لهم في إشراك غيره معه في عمله[٢].

قال القرافي: «والوصية لغير العدل تجوز بما يخص الميت كالوكالة نحو الوصية بالثلث، أو العتق، أو بشيء في السبيل».

ويجوز عند المالكية للميت أن يشترط على الوصي مشاورة شخص آخر من وارث أو غيره يعينه الميت، كما يجوز له اشتراط استقلاله بتنفيذ الوصية دون مشاورة قاض، أو تعقب حاكم[٣].

وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي مراقبة أمره، أو النظر فيه.

واختلف في الورثة:

فقيل: لهم الحق في مراقبته؛ لئلا يأخذها لنفسه إذا كان وارثاً فتكون وصية لوارث.

وقال أشهب: ليس لهم ذلك إلا في الوصية بالعتق خاصة لحقهم في الولاء[٤].

وقال الشافعية: للحاكم التدخل بمحاسبته، ومنعه من إعطاء من لا يستحق[٥]، وفي حالة اشتراط المشاورة يجب عليه مشاورة من عينه

---

(١) الذخيرة ٧/ ١٦٠.

(٢) المعيار ٩/ ٣٨٥، ٦/ ٣٨٧.

(٣) التبصرة ١/ ٢٦٨، التاج الإكليل ٦/ ٣٨٧.

(٤) الذخيرة ٧/ ١٦٠، المعيار ٩/ ٤٥٩، الوصايا ص٣٤٥.

(٥) نهاية المحتاج ٦/ ٩٨.

الموصي لمشاورته، إلا أنه إذا لم يشاوره فإن ذلك لا يضر إذا ثبت تنفيذ الوصية على الصواب[١]؛ لأن المشرف أو المشاور غير وصي، ولا حق له في رد تصرفات الموصى.

وفي جميع الحالات يجب على الوصي المحافظة على حقوق الموصى لهم، ولا يحل له التساهل فيها مع الورثة، وإذا اتهمه القاضي بالتقصير في ذلك أشرك معه غيره في تحصيل الوصية وتحصينها فقط، ثم يكل إليه الأمر في توزيعها دون تدخل من حاكم أو وارث[٢].

واختلف المالكية في تصديقه في صرفها وتفريقها في وجوهها على أقوال[٣]:

الأول: أنه مصدق في ذلك ولا يحاسب، ولا يكلف إقامة بينة على ذلك

وحجته: أنه أمين، ولا ضمان على مؤتمن.

الثاني: أنه لا يصدق، ويلزمه إقامة بينة على صرفها في مصارفها.

وحجته: ما غلب على الناس من الخيانة فلا يصدق؛ لانتفاء الأمانة عن غالب الناس.

القول الثالث: الفرق بين المأمون فيصدق بيمين، وغيره فلا يصدق إلا ببينة.

وحجته: ما تقدم من الدليلين السابقين.

الرابع: أنه يصدق فيما طال زمنه، ولا يصدق فيما قرب إلا ببينة.

والمعمول به القول الثاني أنه لا يصدق إلا ببينة.

---

(١) المعيار ٩/ ٤٠٧.

(٢) المعيار ٩/ ٤٠٧.

(٣) المعيار ٩/ ٢٤٦، ٢٥١، ٣٨٥.

واتفق الجميع: على أنه إذا كانت الوصية لمعين، فإنه لا يصدق في دفعها له إلا ببينة.

واختلف في المحجور إذا أوصى وعين من ينفذ وصيته غير حاجره[١]:

قيل: الأحق بتنفيذ وصيته هو وصي أبيه الذي يحجره دون وصيه؛ لأنه محجور عليه، ممنوع من التصرف في حياته.

وهو قول بعض المالكية.

وقيل: الأحق بتنفيذ وصيته هو وصيه الذي عينه دون وصي أبيه؛ لانعزاله بموت المحجور.

وهو قول الشافعية، وبعض المالكية.

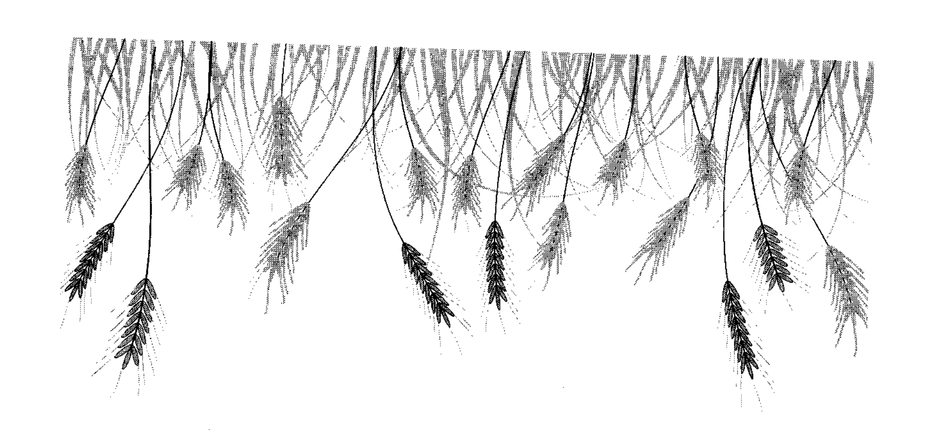
وإذا أوصى المحجور ولم يعين من ينفذ وصيته، فإن وصي أبيه هو الذي ينفذها لا ورثته[٢].



---

(١) الذخيرة ٧/١١، المنتقى ٦/١٥٤، المعيار ٩/٣٨٦، نهاية المحتاج ٦/١٠٣.

(٢) المعيار ٩/٣٨٦، الوصايا ص٣٤٦.



الفصل الثاني

مصرف الوصية بالأنصباء، والأجزاء، والمرتبات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الوصية بالأنصباء، والأجراء.

المبحث الثاني: الوصية بالأعيان، والمرتبات.





المبحث الأول
الوصية بالأنصباء، والأجزاء

الأنصباء: جمع نصيب، ونصيب الإنسان حظه المقدّر، والمراد هنا: ما قدره الله تبارك وتعالى للوارثين.

وفيه مطالب:

المطلب الأول
إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أن يكون الورثة متساويين في الميراث:

صورة ذلك: أن يقول: أوصيت لزيد بمثل نصيب أحد أبنائي.

اختلف العلماء رحمهم الله في قدر نصيب الموصى له على قولين:

القول الأول: أنه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم.

وكأنه واحد منهم زائداً على الفريضة.

وهذا هو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد[1].

---

(١) الدر المختار ٥/٤٢٩، روضة القضاة ٢/٦٨٦، تكملة البحر الرائق ٨/٤٧٠، حاشية الدسوقي ٤/٤٤٦، أسنى المطالب ٣/٦٢، مطالب أولي النهى ٤/٥١٣.

وحجته: أن الموصي جعل وراثه أصلاً وقاعدة، فيحمل عليه نصيب الموصى له، ويجعل مثلاً له، وهذا يقتضي ألا يزاد أحدهما على صاحبه.

القول الثاني: أنه يعطى مثل نصيب أحدهم من أصل المال.

وبه قال الإمام مالك، وابن أبي ليلى، وداود[١].

وحجته: أن الوارث يستحق نصيبه قبل الوصية من أصل المال؛ لذا وجب أن يعطى الموصى له من الأصل.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه استدلال في محل النزاع.

وعلى هذا الأقرب القول الأول.

المسألة الثانية: أن يكون الورثة متفاضلين في الميراث:

إذا كان الورثة متفاضلين في الميراث، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن للموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة.

وهو قول جمهور أهل العلم[٢].

وحجته: أن عبارة الموصي تقتضي التسوية بينهما، وعند تفاضل الورثة في الميراث جعلنا له الأقل؛ لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه، فلا يثبت بالشك.

القول الثاني: أنه يقسم المال سهاماً متساوية على عدد رؤوس الورثة، ثم يعطى الموصى له سهماً منها، والباقي يقسم بين الورثة جميعاً على حسب مواريثهم.

وهو المعتمد عند مالك، وزفر، وابن أبي ليلى[٣].

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) رد المحتار ٥/ ٤٢٩، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨، الحاوي ١٠/ ١٩، روضة الطالبين ٦/ ٢٠٨، الإنصاف ٧/ ٢٧٥، كشاف القناع ٤/ ٣٨١.

وحجته: أن الورثة عند التفاضل في الميراث، لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم، فلما تعذر العمل بقول الموصي اعتبرنا عدد رؤوسهم.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم، فإنه لم يتعذر العمل بقول الموصي إذا أعطينا الموصى له مثل ما لأقل الورثة.

الوجه الثاني: أننا لو أعطيناه سهماً من عدد رؤوسهم عند التفاضل لخالفنا ما تقتضيه عبارة الموصي؛ لأن ما أعطيه ليس بنصيب لأحد ورثته، وعبارته إنما اقتضت أن يعطى مثل نصيب أحدهم، وتفاضل الورثة في الميراث لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم، فيأخذ مثله الموصى له، عملاً بما تفيده عبارة الموصي، وذلك أولى من إعطائه شيئاً لا تدل عليه عبارة الموصي، ولا تقتضيه ظاهراً.

القول الثالث: أنه يعطى نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى.

وبه قال بعض المالكية[1].

وحجته: الاحتياط للموصى له والورثة.

القول الرابع: أنه يعطى نصيب ذكر.

وبه قال بعض المالكية[2].

وحجته: الاحتياط للموصى له.

الترجيح:

الذي يترجح عندي هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

---

(١) الذخيرة ٧/٦٧، المنتقى ٦/١٧٣، حاشية الزرقاني ٨/١٩٦.

(٢) المصادر السابقة.

وإليك مثالين على القولين السابقين:

المثال الأول: إذا كان الورثة متساوين في الميراث.

رجل أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لشخص، وتوفي عن أربعة أبناء، فعلى قول الجمهور المسألة من خمسة لكل ابن سهم، وللموصى له سهم، وهو خمس التركة.

وعلى قول مالك ومن وافقه، المسألة من أربعة: للموصى له ربعها وهو ربع التركة، والباقي ثلاثة للأبناء.

المثال الثاني: إذا كان الورثة متفاضلين في الميراث.

رجل أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لشخص، وتوفي عن أربع زوجات وابن، فعلى قول الجمهور المسألة من ثمانية، وتصح من اثنين وثلاثين، للزوجات الثمن، أربعة لكل واحدة سهم، والباقي للابن، ويضاف على سهام المسألة مثل حظ إحدى نسائه الأربع؛ لأنه الأقل، فتكون المسألة من ثلاثة وثلاثين: للموصى له سهم، ولكل زوجة سهم، والباقي للابن.

وعلى قول مالك تقسم التركة على عدد رؤوس الورثة، وعددها خمسة، فيكون للموصى له الخمس، والباقي يقتسمه الورثة على حسب فروضهم.

٤ زوجات	١	١/٤
ابن	٧	٢٨
موصى له		١

صورتها على رأي الجمهور.

وصورتها على رأي الإمام مالك واضحة.

❀ ❀ ❀

المطلب الثاني
أن يوصي بمثل نصيب وارث معين

إذا كان الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه معيناً ـ كالوصية بمثل نصيب ابنه، فإن الموصى له يعطى مثل نصيب المعين مضافاً إلى الفريضة على قول الجمهور، وعلى قول مالك ومن وافقه للموصى له مثل نصيب المعين من أصل المال غير مزيد على الفريضة، والكلام على هذا كالكلام على غير المعين[١]، والاستدلال هو الاستدلال.

مثال ذلك: أن يوصي بمثل نصيب ابنه لشخص ويموت عن ثلاثة أبناء، فعلى قول الجمهور المسألة من ثلاثة، ويضاف إليها مثل نصيب أحد الأبناء، فتكون من أربعة، للموصى له سهم ـ وهو ربع التركة ـ ولكل ابن سهم.

وعلى قول الإمام مالك: المسألة من ثلاثة: يعطى الموصى له مثل نصيب أحد الأبناء ـ وهو ثلث التركة ـ، والباقي يقتسمه الأبناء فيما بينهم وهو اثنان لا ينقسم عليهم، وعدد رؤوسهم ثلاثة، نضربها في أصل المسألة ثلاثة، فتصح من تسعة، للموصى له الثلث ثلاثة، ولكل ابن اثنان.



(١) المصادر السابقة.

المطلب الثالث
الوصية بنصيب وارث معين كابنه زيد

والفرق بين هذه المسألة، والتي قبلها: أن التي قبلها هناك وصى له بمثل نصيب وارث، وهنا وصى له بنصيب وارث معين.

وقد كره بعض العلماء مثل هذه الوصية،

(٢١٧) روى سعيد بن منصور قال: حدثنا خالد، قال: أنا داود، عن عامر، في رجل له ثلاثة بنين، فأوصى لرجل بمثل نصيب أحد ولده قال: «يجعل رابعاً»[(١)].

(٢١٨) وروى سعيد بن منصور: نا هشيم، وخالد بن عبد الله، قالا جميعاً: أنا مغيرة، عن إبراهيم: «أنه كان يكره أن يوصي الرجل بمثل نصيب بعض الورثة، وإن كان أقل من الثلث»[(٢)].

(٢١٩) وعن أنس رضي الله عنه: «أنه أوصى بمثل نصيب أحد ولده»[(٣)].

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

---

(١) سنن سعيد بن منصور (٣٤٩).

(٢) سنن سعيد بن منصور (٣٤٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٧/ ٢٩٢، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٧٢.
وفيه عمارة الصيدلاني، قال ابن حجر في تقريب التهذيب ٢/ ٤٠٩: «صدوق، كثير الخطأ».

القول الأول: أن الوصية صحيحة.

وهو قول جمهور أهل العلم[(١)].

وحجتهم في ذلك:

١ ـ عموم أدلة الوصية[(٢)].

٢ ـ أن المعنى المراد منها هو الوصية بمثل نصيب هذا الوارث المعين لا بنفس نصيبه، ولكن الوصي حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، وحذف المضاف مع قيام قرينة تدل عليه سائغ في لغة العرب، فمعنى أوصيت بنصيب ابني: أوصيت بمثل نصيب ابني.

٣ ـ القياس على الوصية بجميع المال، فإنها تتضمن الوصية بنصيب جميع الورثة، ومع ذلك تصح كوقفه على إجازة الورثة، وكذلك الوصية بنصيب وارث.

القول الثاني: أن الوصية باطلة.

وهو قول الحنفية، وقول للشافعية، وبه قال القاضي من الحنابلة[(٣)].

وحجته: أن هذه وصية بما فرضه الله ﷻ للابن أو لغيره من الورثة، وما فرضه الله ﷻ لإنسان لا يملك أحد سواه أن يجعله لآخر، فكان هذا بمنزلة ما لو وصى له بمال ابنه من غير الميراث.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الأول؛ لأن تصحيح وصيته بتأويل يسوغ مثله، وإذا كان ذلك ممكناً فهو أولى من إبطالها، ولأنه يبعد كل

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) ينظر: الباب الأول.

(٣) تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٢٩، الحاوي الكبير ١٠/ ٢٠، روضة الطالبين ٦/ ٢٠٨، أسنى المطالب ٣/ ٦٦، الإنصاف ٧/ ٢٧٥.

البعد أن يريد الموصي الوصية بنصيب وارثه؛ لأنه يعلم أنه ممنوع من مجاوزة الثلث بالوصية، فبالأولى بنصيب وارثه.

مثال ذلك: هلكت امرأة عن زوجها، وابنها، وابنتها، وأوصت لأخيها بنصيب زوجها، فالموصى له يعطى الربع، ويقسم الباقي بين الورثة.

فأصل مسألتهم: من أربعة، والباقي بعد الوصية ثلاثة، وهو منكسر مباين.

فتصح مسألتهم، من ستة عشر، للموصى له أربعة، وللزوج ثلاثة، وللبنت ثلاثة، وللابن ستة.

وإذا أوصت بنصيب ابنها لأخيها، أعطي الأخ النصف إذا أجازه الورثة، وإن لم يجز الورثة ردت إلى الثلث، وقسم الباقي بين الورثة.

وعلى قول الجمهور: إذا كانت الوصية بنصيب ابن وله ابنان، فللموصى له الثلث، وإن كان له ثلاثة فللموصى له الربع.

وإذا أوصى بنصيب ذي فرض أعطي الموصى له فرض الموصى بنصيبه على أصل المسألة كالعول، فإذا أوصى بنصيب الجدة أعطي السدس، وزيد على الفريضة سدسها، وهكذا.

فرع:

اختلف العلماء لوقت اعتبار عدد الأولاد إذا كانت الوصية بنصيب الابن على أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الوصية، زاد الأولاد بعد ذلك أو نقصوا.

وهو ظاهر قول جمهور أهل العلم(١).

وحجته: أن وقت الوصية وقت التبرع.

---

(١) المصادر السابقة.

القول الثاني: أن العبرة بيوم الموت.

وهو قول بعض المالكية[(١)].

وحجته: أن العبرة بالوصايا هو وقت الموت.

القول الثالث: الفرق بين علم الموصي بتغير عددهم، وعدم علمه، فإن علم بزيادتهم، أو نقصهم، ولم يغير وصيته، فالمعتبر وقت الموت، وإن لم يعلم بذلك، فالمعتبر وقت الوصية.

وهو قول بعض المالكية[(٢)].

وحجته: ما تقدم من تعليل القولين.

والأقرب: هو القول الأول؛ إذ هذه الوصية بمنزلة ما عينه من مال، فينفذ إذا خرج من الثلث دون زيادة أو نقص.



المطلب الرابع
الوصية بنصيب شخص لو كان موجوداً لكان وارثاً

الوصية صحيحة، وطريق العمل بهذه الوصية أننا نقدر ذلك الشخص موجوداً، ثم ننظر ماذا يكون له مع وجوده، فنعطيه الموصى له.

مثال ذلك: لو توفي المورث عن أخوين، وأوصى بمثل نصيب أخ ثالث، فإننا نعطي الموصى له الربع، ولو كانوا ثلاثة نعطيه الخمس، وهكذا.

---

(١) الدخيرة ٧/٦٨، حاشية الرهوني ٨/٢٧٦.

(٢) الدخيرة ٧/٦٨، حاشية الرهوني ٨/٢٧٦، الوصايا ص٣٤٨.

المطلب الخامس
الوصية بضعف نصيب وارث

إذا أوصى بضعف نصيب ابنه، فإن الموصى له يعطى مثلي نصيب الابن، وهو مذهب الحنفية، والأظهر عند المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة[(١)].

في مواهب الجليل: «قال ابن القصار: حُكي عن أبي حنيفة والشَّافعيِّ أنّهما يقولان: ضعف النصف مثله مرّتين، وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى»[(٢)].

القول الثاني: أن الضعف هو المثل.

وهو قول بعض المالكية[(٣)]، وبه قال أبو عبيد القاسم بن سلام: الضعف المثل.

الأدلة:

أدلة الجمهور:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ﴾[(٤)] أي: مثلين.

وإذا كان الضعفان مثلين، فالواحد مثل.

٢ ـ أن الضعف عبارة عن الشيء ومثله.

---

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) مواهب الجليل ٦/٣٦٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) من الآية ٣٠ من سورة الأحزاب.

(٢٢٠) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق الشيباني، عن السفاح، عن مطر، عن داود بن كردوس، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أنه صالح نصارى بني تغلب على أن تضعف عليهم الزكاة مرتين، وعلى أن لا ينصروا صغيراً، وعلى أن لا يكرهوا على دين غيرهم»[1].

فعمر رضي الله عنه من أهل اللغة سليقة، وقد فهم ولاته من قوله، مثل ما فهم الجمهور من كلمة الضعف، وعملوا به، ووافقهم عمر على ذلك.

---

(١) المصنف (٣/ ١٩٨) - وكما في نصب الراية (٢/ ٣٦٣) - عن علي بن مسهر،
ويحيى بن آدم في كتاب الخراج (٢٠٦) - ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢١٦) - حدثنا أبو بكر بن عياش،
وعبد الرزاق (٩٩٧٤) عن ابن جريج،
جميعهم عن أبي إسحاق الشيباني، عن السَّفاح، عن داود بن كردوس، قال: صالَحَ عمر رضي الله عنه بني تغلب. . .
وأخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج (ص١٢٠) قال: حدثني بعض المشايخ، عن السفاح، عن داود بن كردوس، عن عبادة بن النعمان التغلبي، أنه قال لعمر بن الخطاب: فذكر نحوه.
وأخرجه البيهقي (٩/ ٢١٦) من طريق أبي إسحاق الشيباني، عن السفاح، به.
وأخرجه أبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠) - وعنه ابن زنجويه في الأموال (رقم ١١١) -، والبلاذري في فتوح البلدان (ص ١٨٦) عن أبي معاوية، عن أبي إسحاق الشيباني، به.
وداود بن كردوس: مجهول.
انظر: التاريخ الكبير (٣/ ٢٢٩)، الجرح والتعديل (٣/ ٤٢٣)، ثقات ابن حبان (٤/ ٢١٦)، المحلَّى (٧/ ٣١٤)، ضعفاء ابن الجوزي (١/ ٢٦٧)، المغني في الضعفاء (١/ ٢٢٠)، ديوان الضعفاء والمتروكين (١٢٨)، الميزان (٢/ ١٩)، إكمال تهذيب الكمال (٤/ ٣٧٩)، تهذيب التهذيب (٤/ ٩٤)، اللسان (٣/ ٤١١).
وقال ابن حزم (٧/ ٣١٤): «والسفاح، وداود بن كردوس مجهولان». وقال ابن حزم (٦/ ١١١) في مسألة أخذ الزكاة من نصارى بني تغلب (٦/ ١١٢): «واحتجوا بخبر واهٍ مضطرب في غاية الاضطراب».

٣ ـ أنه قول أهل اللغة والتفسير، قال ابن منظور: «لأن الضّعْفَ في كلام العرب على ضربين: أَحدهما المِثل، والآخر أَن يكون في معنى تضعيف الشيء، قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ ضِعْفٌ﴾[1] أي: للتابع والمتبوع؛ لأَنهم قد دخلوا في الكفر جميعاً، أي: لكلٍّ عذاب مُضاعَفٌ، وقوله تعالى: ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ جَزَآءُ ٱلضِّعْفِ بِمَا عَمِلُواْ﴾[2] قال الزجاج: جزاء الضعف ههنا عشر حسنات، تأويله: فأولئك لهم جزاء الضعف الذي قد أَعلمناكم مِقْداره، وهو قوله: ﴿مَن جَآءَ بِٱلْحَسَنَةِ فَلَهُۥ عَشْرُ أَمْثَالِهَا﴾[3] قال: ويجوز فأُولئك لهم جزاء الضعف، أي: أَن نجازيهم الضعف»[4].

٤ ـ **قال الألوسي**: «قال بعض المحققين: الضعف اسم ما يضعف الشيء كالثني اسم ما يثنيه، من ضعفت الشيء بالتخفيف، فهو مضعوف على ما نقله الراغب بمعنى ضعفته، وهو اسم يقع على العدد بشرط أن يكون معه عدد آخر فأكثر، والنظر فيه إلى فوق بخلاف الزوج، فإن النظر فيه إلى ما دونه، فإذا قيل: ضعف العشرة لزم أن تجعلها عشرين بلا خلاف؛ لأنه أول مراتب تضعيفها، ولو قال: له عندي ضعف درهم لزمه درهمان ضرورة الشرط المذكور، كما إذا قيل: هو أخو زيد اقتضى أن يكون زيد أخاه، وإذا لزم المزاوجة دخل في الإقرار، وعلى هذا له ضعفا درهم منزل على ثلاثة دراهم، وليس ذلك بناء على ما يتوهم أن ضعف الشيء موضوعه مثلاه وضعفيه ثلاثة أمثاله، بل ذلك لأن موضوعه المثل بالشرط المذكور، وهذا مغزى الفقهاء في الأقارير والوصايا»[5].

---

(١) من الآية ٣٨ من سورة الأعراف.

(٢) من الآية ٣٧ من سورة سبأ.

(٣) من الآية ١٦٠من سورة الأنعام.

(٤) لسان العرب ٩/ ٢٠٣.

(٥) تفسير الألوسي ٣/ ٢١١، روح المعاني ٤/ ٥٥، تفسير الرازي ٣/ ٤٩٧.

دليل القول الثاني:

أنه قول أهل اللغة، قاله أبو عبيد، والزجاج[(١)].

قال الأزهري: «الضعف في كلام العرب: المثل، هذا هو الأصل، ثم استعمل الضعف في المثل وما زاد، وليس للزيادة حد، يقال: هذا ضعف هذا أي: مثله، وهذان ضعفاه، أي: مثلاه، قال: وجاز في كلام العرب أن يقال: هذا ضعفه أي: مثلاه وثلاثة أمثاله؛ لأن الضعف زيادة غير محصورة، فلو قال في الوصية: أعطوه ضعف نصيب ولدي أعطي مثليه، ولو قال: ضعفيه أعطي ثلاثة أمثاله، حتى لو حصل للابن مئة أعطي مئتين في الضعف وثلثمئة في الضعفين، وعلى هذا جرى عرف الناس واصطلاحهم، والوصية تحمل على العرف لا على دقائق اللغة»[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مردود بأن العرب تنطق الضعف مفرداً ومثنى، فتقول إن أعطيتني درهماً فلك ضعفاه أو لك ضعفه، إلا أن التثنية أحسن.

الترجيح: هو ما ذهب إليه الجمهور؛ إذ هو قول أكثر أهل اللغة والتفسير.



المطلب السادس

الوصية بمثل نصيب من لا يرث لو كان وارثاً

إذا أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه الكافر، أو بمثل نصيب أخيه

---

(١) المحكم ١/١٤٦، العباب الزاخر ١/٤٥٩، تهذيب اللغة ٣/٣٧٩.

(٢) المصباح المنير ٢/٣٦٢.

المحجوب أو غيرهم ممن لا يرث لمانع، فلا شيء للموصى له؛ لأن الموصي أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له، ومثله لا شيء له، فلا شيء للموصى له.

وقال الحنفية: تصح الوصية بنصيب الابن إذا لم يكن له ابن(١).



المطلب السابع
إذا أوصى بجزء أو حظ

إذا أوصى الميت لشخص بجزء أو حظ من ماله، فإن الورثة يعطون الموصى له ما شاؤوا؛ لأن الجزء والحظ، وكذا الشيء والرزق يصدق على القليل والكثير، ولا حد لذلك في اللغة، ولا في الشرع فكان على إطلاقه.

قال في الشرح الكبير: «إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء، فللورثة أن يعطوه ما شاؤوا لا نعلم فيه خلافاً، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة، وابن المنذر وغيرهم؛ لأن كل ما يعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب، وكذلك إن قال: أعطوا فلاناً من مالي أو ارزقوه؛ لأن ذلك لا حد له في الشرع ولا في اللغة، فكان على إطلاقه»(٢).

قال ابن منظور: «الحَظُّ: النَّصِيب، زاد الأزهري عن الليث من الفَضْل والخيْر، وفلان ذو حَظّ وقِسْم من الفضل، قال: ولم أَسمع من الحظِّ فِعْلاً،

(١) حاشية الزرقاني ٨/ ١٩٦، المغني ٦/ ٣٥.
(٢) ١٧/ ٤٠٩.

قال ابن سيده: ويقال هو ذو حَظٍّ في كذا، وقال الجوهري وغيره: الحَظّ: النصيب، والجَدّ، والجمع: أَحُظٌّ في القِلَّة، وحُظوظ وحِظاظ في الكثرة»[١].

وقال ابن منظور: «والجُزْء في كلام العرب: النَّصِيبُ، وجمعه أجْزاء»[٢].

وقال النووي[٣]: «فإن ادعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك:

قال الأكثرون: منهم أبو منصور، والحناطي، والمسعودي: يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة.

وحكى البغوي: أنه لا يتعرض للإرادة، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات، وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث حلف الوارث على نفي إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار والوصية إنشاء أمر على الجهالة.

ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر، فقال: الوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر، وفي الإقرار يحلف أنه لا يعلم الزيادة وأنه أراد هذا القدر.

أوصى بثلث ماله إلا شيئاً قبل التفسير وتنزيله على أقل ما وحمله الشيء المستثنى على مال كثير، وقال الأستاذ أبو منصور: يعطى زيادة على السدس، قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً، ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً جاز أن يعطيه أقل من السدس، والصحيح المعروف هو الأول».

---

(١) لسان العرب ٧/ ٤٤٠.

(٢) لسان العرب ١/ ٤٥، تهذيب اللغة ٤/ ٣٢.

(٣) روضة الطالبين ٦/ ٢١٣.

فرع:

قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف، ولو قال: أكثر مالي ومثله، فالوصية بجميع ماله، ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم أو معظم الألف أو عامته، فالوصية بما فوق النصف، قلت: هذا في زهاء مشكل؛ لأن زهاء ألف معناه في اللغة قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمئة ودرهم، والله أعلم.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير فأقل ما يعطى ثلاثة، ولفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب، وليس للوارث التفسير بغيره، فإن لم يكن غالباً رجع إلى الوارث.

❋ ❋ ❋

المطلب الثامن
الوصية بالسهم

السين والهاء والميم ـ أصلان ـ أحدهما يدل على تغير في اللون، والآخر يدل على حظ ونصيب وشيء من أشياء[1].

ويطلق السهم هنا على السدس، وعلى أقل سهم من سهام الورثة، وعلى ما تصح منه الفريضة من السهام.

وقد اختلفت كلمة العلماء في الوصية بالسهم على خمسة أقوال:

القول الأول: أن ذلك إلى الورثة يعطونه ما شاؤوا.

وهو قول الشافعية[2].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ج٣ باب السين والهاء وما يثلثهما.

(٢) المهذب ١/ ٤٦٤، الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٦، أسنى المطالب ٣/ ٦٣، شرح البهجة ٢/ ٣٤.

وحجته:

١ ـ أن السهم يقع على القليل والكثير، فأشبه ما لو أوصى بجزء، أو حظ.

ونوقش: بأنه يلزم منه أن عطية الوارث أي شيء ولو كان شيئاً حقيراً، وهذا ينافي مقصود الموصي.

٢ ـ أنه قول أهل اللغة:

قال ابن منظور: والسَّهْم: النصيب المحكم، والسَّهْم: الحظُّ، والجمع سُهْمان وسُهْمة، الأخيرة كأُخْوة، وفي هذا الأَمر سُهْمة، أي: نصيب، وحظّ من أَثَر[(١)].

القول الثاني: أن الموصى له يعطى السدس.

وهو قول لأبي حنيفة، ومذهب الحنابلة، وهو مروي عن الحسن، وإياس بن معاوية، والثوري[(٢)].

وحجته:

(٢٢١) ١ ـ ما رواه البزار من طريق محمد بن عبيد الله، عن أبي قيس، عن الهزيل، عن عبد الله أن «**رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس**»[(٣)].

---

(١) لسان العرب ١٢/ ٣١٤، المصباح المنير ١/ ٢٨٩.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٦٩٨، نتائج الأفكار ١٠/ ٤٤٢، المغني ٨/ ٤٢٣، كشاف القناع ٤/ ٣٨٤.

(٣) مسند البزار ٣/ ٩، وقال: «وهذا الحديث لا نعلم يروى كلامه عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد، وأبو قيس فليس بالقوي، وقد روى عنه شعبة والثوري، والأعمش وغيرهم».

وهو ضعيف جداً؛ فيه محمد بن عبيد الله العرزمي، وهو ضعيف.

وأخرجه الطبراني في الأوسط من طريق أبي بكر الحنفي به، وقال: «لم يرو هذا=

(٢٢٢) ٢ ـ ما رواه ابن أبي شيبة من طريق محمد بن أبي قيس، عن الهذيل أن رجلاً جعل لرجل سهماً من ماله ولم يسم، فقال عبد الله: «**له السدس**»[(١)].

٣ ـ أن السهم في كلام العرب السدس.

قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس، فتنصرف الوصية إليه كما لو تلفظ به الموصي[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن السهم في لغة العرب كما يطلق على السدس يطلق على الحظ والنصيب.

٤ ـ أن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة من النسب، فتنصرف الوصية إليه.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ فأقل نصيب مفروض هو الثمن، والتفريق بين سهام الورثة من النسب، وغيرهم لا معنى له.

القول الثالث: أنه يعطى أقل سهم من سهام الورثة زائداً على الفريضة، إلا أن يكون السهم أكثر من السدس فلا يزاد عليه.

وهو قول أبي حنيفة، والرواية الثانية عن الإمام أحمد[(٣)].

= الحديث عن أبي قيس إلا العرزمي، تفرد به: أبو بكر الحنفي، ولا يروى متصلاً عن رسول الله ﷺ إلا بهذا الإسناد».

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٦/ ٢١٢.

وقد تصحف اسم وكيع إلى محمد بن أبي قيس، كما تصحف الهزيل إلى الهذيل.

وهذا الأثر **ضعيف جداً**.

معلول بعلتين:

١ ـ محمد، وهو ابن عبيد الله العزرمي.

٢ ـ أبو قبيس هو: عبد الرحمن بن ثروان. قال عنه في التقريب ٢/ ٦٦٦: «صدوق، ربما خالف».

(٢) الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٦، المغني ٨/ ٤٢٤.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٢٨، مجمع الأنهر ٦٩٨، المغني ٨/ ٤٢٣، المبدع ٦/ ٧٩.

وحجته: أن سهام الورثة هي أنصباؤهم فيعطى الموصى له أقلها؛ لأنه اليقين فإذا زاد السهم على السدس دفع له السدس؛ لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة من النسب.

القول الرابع: أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة زائداً على أصلها.

وهو قول شريح القاضي، والرواية الثالثة عن الإمام أحمد[١].

وحجته: أن الموصي إذا قال: أوصيت له بسهم، إنما قصد سهام الفريضة فينبغي أن ينصرف إليها؛ لأن وصيته منها، أشبه ما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهماً لك منها سهم.

القول الخامس: أنه يعطى سهماً من أصل الفريضة ولو عائلة.

وهذا قول المالكية[٢].

وحجته: أنه لما قال سهم من مالي كان ذلك راجعاً إلى أجزاء ماله وسهامه، فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض[٣].

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ يحتاج إلى دليل.

مثال ذلك: إذا أوصى رجل بسهم لشخص، ومات عن أم وثلاث أخوات متفرقات، فالمسألة من ستة: للأم السدس واحد، وللأخت الشقيقة النصف ثلاثة، وللأخت لأب السدس واحد تكملة الثلثين، وللأخت لأم السدس واحد، يضاف عليها سهم للموصى له فيكون له السبع.

هذا على الأقوال الثلاثة المتقدمة، وعلى قول المالكية له سهم من أصل الفريضة، والباقي يقسم بين الورثة على حسب فروضهم.

---

(١) المغني ٨/ ٤٢٤.

(٢) شرح مختصر خليل ٨/ ١٨٧، بلغة السالك ٤/ ٥٩٩، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٧.

(٣) المعونة ٣/ ١٦٢٧، وحاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٧.

٦/ ٧

١	١/ ٦	أم
٣	١/ ٢	
١		أخت ش
١	١/ ٦	أخت لأم
١	١/ ٦	أخت لأب موصى له

صورتها على رأي الثاني، والثالث، والرابع، وعلى رأي المالكية له سهم من ستة، ويبقى خمسة تقسم على الورثة على قدر أنصبائهم.

الترجيح:

الراجح: الذي يظهر لي ـ والله أعلم ـ هو أن الورثة يعطونه ما شاؤوا؛ لأن السهم يقع على الكثير والقليل، وهو معنى الحظ والنصيب، والعرب كما تطلق السهم على السدس فهي تطلقه أيضاً على غيره.



المطلب التاسع
الوصية بجزء شائع معلوم في جميع المال

مثل الوصية بثلث ماله، أو ربعه.

فالوصية صحيحة إجماعاً؛ لحديث سعد رضي الله عنه: «**الثلث والثلث كثير**»[1].

ولا يشترط أن يكون للموصي مال يوم الوصية، ولا بقاؤه بعينه إذا كان

(١) تقدم تخريجه برقم (٢).

موجوداً عند جمهور العلماء، فإذا لم يكن له مال وقت الوصية أو كان وهلك واستفاد مالاً قبل موته، فإن الوصية تنفذ في جميع التركة حاضرها وغائبها، ودينها ونقدها، ويعتبر الموصى له شريكاً للورثة بنسبة الجزء الموصى له به.

وعند الظاهرية: تختص الوصية بالموجود يوم الوصية، فإن لم يكن له مال واستفاده، أو كان وهلك ثم استفاد غيره لم يكن للموصى له شيء، إلا أن يقول الموصي يخرج من متخلفي كذا، فتنفذ في الجميع حينئذ[1].

❋ ❋ ❋

المطلب العاشر
الوصية بجزء الشائع في نوع من المال

كثلث غنمه مثلاً، فإن هنا خلافاً:

القول الأول: أن المعتبر ما وجد يوم التنفيذ زاد المال على يوم الوصية أو نقص، فإذا كانت غنمه مئة وصارت ألفاً، فإنه يعطى ثلثها بالقيمة، كما أنها إذا هلكت ولم تبق إلا واحدة، فإنه لا يعطى إلا ثلث ما بقي؛ لأن الموصى له شريك للورثة، فالزيادة له ولهم والنقص عليه وعليهم.

وبه قال مالك[2].

القول الثاني: باختصاص الوصية بالموجود يوم الوصية، فإذا هلك واستفاد غيره لم يكن للموصى له حق في المستفاد؛ لبطلان وصيته بهلاك الموصى في الموجود يوم الوصية[3].

---

(١) المحلى ٩/ ٣٢١.
(٢) المدونة ٤/ ٤١٣، الذخيرة ٧/ ٥٩، الزرقاني ٨/ ١٩١، الوصايا ص٣٤٩.
(٣) البدائع ٧/ ١٥٥.

وإذا لم يبق إلا ثلث الموصى بثلثه أخذه الموصى له كله، كمن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه، فهلك الثلثان وبقي الثلث، فإنه يعطى للموصى له ما بقي ولا شيء للورثة فيه.

وهو قول الحنفية[(١)].

واختلفوا إذا كان مال الموصي بجزئه مختلف الأجناس كالثياب والدور والرقيق.

فقال أبو حنيفة: للموصى له ثلث الباقي.

وقال صاحباه: الباقي كله للموصى له إذا كان قدر وصيته، كمن أوصى بثلث ثلاثة أعبد أو ثلاث دور، فهلك اثنان أو استحق وبقي واحد، فإن العبد الباقي أو الدار الباقية للموصى له عند محمد بن الحسن وأبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة ليس له إلا ثلث الباقي[(٢)].

وكذلك اختلفوا إذا لم يكن للموصي ما وصى به وقت الوصية ثم استفاد على قولين: الصحيح عندهم أن الوصية صحيحة، وقيل: باطلة، فإذا أوصى له بثلث أراضيه ولا أرض له، ثم ملك ذلك صحت الوصية على الأول، وبطلت على الثاني[(٣)].

وسبب الخلاف: اختلافهم في اشتراط وجود الموصى به وقت الوصية وتقدم.

❊ ❊ ❊

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٤.

(٣) البدائع ٧/ ٣٥٥.

المطلب الحادي عشر
الوصية بجزء شائع في معين

كثلث هذه الدار وهذه الأرض، فإن الوصية صحيحة اتفاقاً إذا كان المعين في ملك الموصي وقت الوصية.

فإذا لم يكن في ملكه، فمذهب المالكية صحتها، ومذهب الحنفية والحنابلة بطلانها، وللشافعية قولان بالصحة والبطلان[١].



المطلب الثاني عشر
هلاك الموصى بجزئه

اتفق الفقهاء على بطلان الوصية إذا هلك الموصى بجزئه أو استحق كله، واختلفوا إذا لم يبق منه إلا قدر الموصى به أو أقل.

القول الأول: ليس للموصى له إلا ثلث الباقي أو ربعه حسب الوصية قل أو كثر، ولا ينظر إلى ما هلك أو استحق.

وهو قول المالكية[٢].

---

(١) راجع ما سبق في شروط الموصي.

(٢) المدونة ٤/ ٣١٤، الذخيرة ٧/ ٦٣.

القول الثاني: يعطى الباقي كله للموصى له، فإذا أوصى له بثلث هذه الدار فاستحق الثلثان، فإن الثلث الباقي للموصى له، وإن استحق النصف أعطي الموصى له ثلث الدار والباقي للورثة.

وهو قول الأئمة الثلاثة[١].



(١) المصادر السابقة، ويأتي في مبطلات الوصية.

المبحث الثاني
الوصية بالأعيان، والمرتبات

وفيه مطالب:

المطلب الأول
الوصية بالمعين

تصح الوصية بشائع، كما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»[١]، وحديث أبي الدرداء رضي الله عنه: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم»[٢].

وأيضاً: تصح بمعين باتفاق الأئمة[٣].

ويدل لهذا:

١ ـ عموم أدلة الوصية فإنها شاملة للوصية بالأعيان المعينة وغيرها[٤].

٢ ـ إجماع الصحابة، فقد أوصى عبد الرحمن بن عوف بحديقة لأمهات المؤمنين رضي الله عنهن[٥].

---

(١) سبق تخريجه برقم (٢).

(٢) سبق تخريجه برقم (٤).

(٣) المصادر الآتية.

(٤) ينظر: الباب التمهيدي.

(٥) المحلى ٩/٣١٦.

وأوصى غلام لابنة عمه بحديقة بإشارة من عمر رضي الله عنه، ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة[١].

وتحته مسألتان:

المسألة الأولى: المراد بالمعين، ووسائل تعيينه:

المراد بالمعين: ما تعلقت الوصية بعينه وذاته، ويحصل ذلك بالإشارة إليه مع حضوره مثل هذه الدار، وهذه الأرض، أو هذه السيارة، أو تعيينه باسمه، ووصفه الخاص الذي يميزه عن غيره، مثل دار صفتها كذا وكذا، ونحو ذلك.

واختلف في التعيين بالواقع - أي - الإضافة لياء المتكلم للموصي هل تفيد التعيين أم لا ؟.

مثل: أعطوه سيارتي أو داري إذا لم تكن له سيارة غيرها ولا دار غيرها، **فقيل**: تفيد التعيين[٢].

لاحتمال أن تكون الإضافة للعهد الخارجي؛ لأن المعهود معين في الخارج، وهو سيارته أو داره المعهودة للموصي.

وقيل: لا تفيد التعيين؛ لاحتمال الإضافة أن تكون للعهد الخارجي.

فرع:

اختلف في التعيين بالاسم والصفة، مثل: أعطوه ثيابي الحريرية، أو سيارتي البيضاء.

قال ابن القاسم: يتم بها التعيين، ورجحه الرهوني.

وحجته: الوقوف مع لفظ الموصى به.

---

(١) سبق تخريجه برقم (١١٩).

(٢) انظر: حاشية بناني ٨/ ١٩٥، الرهوني ٨/ ٢٦١.

وقال أشهب: لا يفيد ذلك التعيين.

وحجته: أن المقصود بذكر هذه الأوصاف الإشارة إلى النوع دون الشخص[١].

ومما يبنى على هذا ما لو هلك الموصى به، فأخلف الموصي مثله أو باعه واشترى مثله، فمن قال بالتعيين قال تبطل الوصية، ولا حق للموصى له في الخلف لتعلق الوصية بمعين وقد هلك، أو خرج من ملك الموصي، ومن رأى عدم التعيين قال لا تبطل الوصية الأولى؛ لأنها لم تتعلق بعين الموصى به، وإنما تعلقت بنوعه وصفته فتتعلق ببدله.

فإذا أوصى بداره أو سيارته البيضاء فباعهما واشترى داراً أخرى، فإن الوصية تتعلق بالدار والسيارة الجديدتين على القول بعدم التعيين، ولا تتعلق بهما على قول ابن القاسم القائل بالتعيين بالإضافة والوصف[٢].

المسألة الثانية: كيفية تنفيذ الوصية بالمعين:

وتحتها أقسام:

القسم الأول: إذا كان المعين يحمله الثلث والوصية به لمعين، فبالاتفاق على استحقاق الموصى له عين الموصى به يأخذه بعينه، ولا حق للورثة في الاحتفاظ به ودفع قيمته، أو بدله للموصى له، أو إعطائه الثلث في الشياع[٣].

فإذا أوصى بهذه الدار لعمته وجب تسليمها لها، ولا يسمع من الورثة دعوى أنها أفضل أموال الميت ما دام الثلث يحملها.

القسم الثاني: إذا كان يحمله الثلث والوصية به لغير معين كالفقراء والمساكين، فاختلف في ذلك على قولين:

---

(١) حاشية الرهوني ٨/ ٢٦١، الذخيرة ٧/ ٤٤٥.

(٢) حاشية الرهوني ٨/ ٢٥٩، الوصايا والتنزيل ص٥٠٢.

(٣) الفتاوى الهندية ٦/ ٤٤٦ المدونة ٤/ ٣٢٧، المنتقى ٦/ ١٦٣، الذخيرة ٧/ ١١٣.

القول الأول: أنه يجب تنفيذ الوصية وإعطاء الموصى به للموصى لهم، ويجبر الورثة على تسليمه لهم.

وهو قول جمهور أهل العلم[١].

قال الونشريسي: «وسئل أبو عبد الله السطي رحمه الله. . . . عمن أوصى بمعين مما يحمله الثلث أن يصرف على المساكين فأبى الورثة . . .» إجبار الورثة على تنفيذ الشيء الموصى به لازم، وقد أجمعت الأمة: أن الوصية إذا كانت بالثلث أو أقل لغير الوارث إذا لم يقصد المورث مضارة الورثة تنفذ، فإذا لم يقض عليهم بالتنفيذ، بل كان موقوفاً على اختيارهم ورضاهم كان ذلك تمكيناً لهم من رد الوصية، والإجماع على خلافهم».

وحجته:

١ ـ عموم الأدلة الدالة على وجوب العمل بشرط الموصي[٢].

٢ ـ الأدلة الدالة على ملكية الموصى له للوصية سواءً كان معيناً، أو غير معين[٣].

والمالك لا يتصرف بماله إلا برضاه.

القول الثاني: الخيار للورثة في إخراج الموصى به بعينه، أو بيعه والتصدق بثمنه، أو الاحتفاظ به وإخراج قيمته.

وبه قال الحنفية.

وقال بعض الحنفية: لهم الخيار في إخراجه بعينه أو بيعه والتصدق بثمنه، وليس لهم إمساكه، وإخراج قيمته[٤].

---

(١) المعيار ٩/ ٣٧٠.

(٢) ينظر: مبحث شروط الموصي.

(٣) ينظر: مبحث ملكية الموصى به.

(٤) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٠٦، ٥٠٧.

وحجته:

١ ـ أن الوصية لمعين تحتاج إلى القبول، وبمجرد حصوله يصير ملكاً للموصى له المعين لا يمكن منعه منه بخلاف الوصية لغير معين، فإنها لا تحتاج إلى قبول، فيجوز للوارث تبديلها.

٢ ـ أن هذا مبني على أصل الحنفية في إجزاء القيمة في باب الكفارات والزكاة حين أجازوا إخراج القيمة.

٣ ـ أن المقصود بالوصية للفقراء هو إيصال النفع لهم، وذلك يتحقق بتسليمهم الموصى به بعينه، أو ثمنه أو قيمته.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يخالف عموم قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾[1].

وإمساك الموصى به والتصدق بقيمته أو بيعه والتصدق بثمنه تبديل للوصية، كما يخالف القاعدة الأصولية: أن الواجب المعين يجب تنفيذه بعينه ولا يقبل البدل، والقاعدة الفقهية: أنه ليس من حق أحد أن يجبر غيره على بيع ماله له والفقراء يملكون الوصية بمجرد موت الموصي من غير حاجة إلى قبول اتفاقاً، فلا يجوز أخذ مالهم، واستبداله بغيره.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لموافقته القواعد، وظاهر النصوص.

القسم الثالث: المعين الذي لا يحمله الثلث، فبالاتفاق على أنه لا حق للورثة في الاحتفاظ به، وإعطاء الموصى له المعين الثلث، كما أنه لا حق للموصى له في أن يقول أنا آخذه كله، وأعطي الورثة الزائد على الثلث؛ لأنه

---

(١) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

مشترك بين الورثة والموصى له، ولا حق لأحد من الشركاء في جبر شريكه على بيع حظه له؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1].

ولكن هناك خلاف فيما يستحقه الموصى له من المعين:

القول الأول: يعطى الموصى له ثلث المعين، ويكون شريكاً بباقيه في بقية التركة حتى يستوفي تمام الثلث، أو يعطى ما يحمله الثلث.

وبه قال أبو حنيفة، والشافعي[2]

القول الثاني: إذا شاء الورثة أمضوا الوصية كما هي، وإن شاؤوا أعطوا الموصى له ثلث الميت في المعين.

فإذا كان لشخص دار وأرض تساوي كل واحدة منهما ثلاثة آلاف، فأوصى بداره وترك الأرض لورثته، فإن الورثة يخيرون في إجازة الوصية ويعطوا الموصى له الدار كلها، وإما أن يعطوه ثلث الميت ويأخذه في الدار فيعطى ثلثيها.

وهو الراجح عند المالكية.

وعند الحنابلة: يعطى الموصى له ثلث الميت يأخذه في المعين، ولا يخير الورثة.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١ ـ أن الوصية تلزم بالموت والقبول إجماعاً، وبذلك يستحق الموصى له وصيته.

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء، انظر: الذخيرة ٧/ ١٢٤، المنتقى ٦/ ١٦٣.

(٢) البدائع ٧/ ٣١٧، الذخيرة ٧/ ١٥١.

٢ ـ أن تخيير الورثة يلزم منه إجبار الموصى له على المعاوضة بغير رضاه.

٣ ـ أنه يلزم منه المعاوضة بمجهول؛ لأن الانتقال من المعين الموصى به إلى الثلث الشائع معاوضة عن المعين بشائع مجهول[١].

٤ ـ وأيضاً تغيير الوصية وتبديلها من الوصية بمعين إلى الوصية بثلث شائع[٢].

٥ ـ ظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصي له به من المعين.

٦ ـ الوقوع في الربا في بعض الحالات، كما لو أوصى له بمئة دينار معينة، فإنه يستحق ثلثها فإذا أخذه وأخذ معه أكثر منها صار رباً.

٧ ـ ظلم الورثة بتخييرهم بين إمضاء الوصية، والتنازل عن جميع الثلث[٣].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن ما ألزموه لازم لهم؛ لأنهم لا يقولون بإعطاء الموصى له جميع الثلث في المعين، بل يعطونه ثلث المعين، ويجعلونه شريكاً بقية الثلث في جميع باقي التركة[٤].

فجعلوا بعض حقه في غير المعين الموصى له به، وفي ذلك إجبار للموصي له على المعاوضة بغير رضاه، والمعاوضة بالمجهول، وتغيير الوصية، وظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصي له به، والوقوع في الربا.

ودليل المالكية على التخيير:

١ ـ أن الأصل في الوصية أن تكون في الشياع، وليس للموصي التعيين

---

(١) الذخيرة ٧/ ١٥٢.
(٢) المغني ٦/ ١٥٤، ١٥٥.
(٣) البداية ٢/ ٣٣٧.
(٤) البداية ٢/ ٣٣٧، الذخيرة ٧/ ١٥١، المنتقى ٦/ ١٣٦.

إلا بإذن الورثة فعدوله من الشياع إلى التعيين اعتداء على حقوقهم في أعيان التركة، فيخير الورثة في قبول ذلك أو رده، بمنزلة جناية العبد على مال الغير، فإن السيد يخير في إسلامه أو فدائه بأرش الجناية.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ فالوصية كما تصح في المشاع تصح في المعين، ولا دليل على التفريق.

٢ ـ حجتهم على جعل الثلث بكامله في المعين أمران:

أ ـ أن الاعتداء وقع في مجاوزة الثلث فيبطل الزائد عليه خاصة.

ب ـ أن المعين إذا هلك كان ضمانه من الموصى له إجماعاً، فدل ذلك على تعلق حق الموصى له بالمعين، واختصاصه به، فيعطى وصيته كلها فيه وهو ما يحمله الثلث منه[1].

٣ ـ وحجتهم على أنه يجمع له ثلثه في المعين: أن الموصى به إذا هلك كان هلاكه من ضمان الموصى له، فدل على اختصاص وصيته به، فإذا زاد على الثلث؛ فإنه يبطل الزائد على الثلث.

والقول الأول: **أقرب**؛ لقوة دليله.

القسم الرابع: المعين الذي لا يحمله ثلث المال الحاضر، ويحمله مجموع التركة الحاضر منها والغائب، وهذا القسم يتصور فيمن له مال حاضر وغائب، أو ديون ويوصي بمعين لا يحمله المال الحاضر في البلد، ولكن مجموع الأموال الحاضرة والغائبة والديون يحمله ثلثها.

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: تخيير الورثة بين إجازة الوصية كما هي وبين إعطاء الموصى له ثلث جميع التركة في الحاضر منها والغائب والدين إذا كان.

---

(١) المصدر السابق. وانظر: الذخيرة ٧/ ١٥١، المنتقى ٦/ ١٣٦.

وبه قال المالكية[١].

وتقدم دليلهم.

القول الثاني: يعطى الموصى له من المعين ما يحمله ثلث المال الحاضر، ويوقف الباقي خوفاً من ضياع المال الغائب، فإذا حضر شيء من الغائب أو اقتضى شيء من الدين أعطي الموصى له من المعين بقدر ثلث المقبوض والحاضر، وهكذا كلما حضر مال، أو قبض دين حتى يأخذ جميع الموصى به المعين، وفي حالة تلف المال أو هلاك الدين، فإن الباقي من المعين يبقى ملكاً للورثة.

وبه قال الحنفية، و بعض الحنابلة[٢].

القول الثالث: التفريق بين الغيبة المانعة من التصرف لتعذر الوصول إليه، والغيبة التي لا تمنع من التصرف، ففي الغيبة التي لا تمنع من التصرف يعتبر المال الغائب في حكم الحاضر، وتنفذ الوصية في المعين بتسلميه كله للموصى له يتصرف فيه كيف شاء لحمل الثلث له.

وفي الغيبة التي تمنع من التصرف في المال الغائب، فإن الموصى به يوقف كله، ويمنع الموصى له من التصرف فيه،

وهذا هو الأصح عند الشافعية، وهو قول عند الحنابلة[٣].

وفي قول للشافعية: له حق التصرف في ثلثه؛ لأن استحقاقه له ثابت على كل حال حضر المال الغائب أو ضاع ويمنع من التصرف فيما زاد عليه[٤][٥].

---

(١) انظر: المنتقى ٥/ ١٦٤.

(٢) أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية، فراح ص١٨٠.

(٣) المغني ٦/ ١١٤، ١١٥.

(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٥٧، ٥٨.

(٥) المنتقى ٦/ ١٦٤.

القسم الخامس: الوصية بالثلث وتعيينه في عين بذاتها، كأن يوصي لحفيده بالثلث يأخذه في دار، فتصح الوصية، فيعطى الموصى له الدار، ويكمل له الثلث من باقي التركة أخذاً بأول كلام الموصي الذي هو الثلث، وتعيين الدار بعد ذلك يعتبر كذكر الخاص بعد العام، فلا يخصصه.

وقال بعض المالكية: بأنه ليس للموصى له إلا ما عينه الموصي، والزائد عليه الباقي من الثلث يعود لورثة الميت اعتباراً بآخر الكلام، وكأن هذا رأي من قال: إن الخاص يخصص العام مطلقاً، وإن لم ينافه، وهو قول ضعيف عند الأصوليين[١].

❊ ❊ ❊

المطلب الثاني
الوصية بغير معين

وتحته مسائل:

المسألة الأولى: الوصية بعين مبهمة غير شائعة في جنسها ولا في مال الموصي:

مثل الوصية بشاة أو نخلة أو سيارة أو دار هكذا مبهمة، وقد اختلف الفقهاء في صحتها وبطلانها على قولين:

القول الأول: صحتها.

وهو قول جمهور أهل العلم؛ لعموم أدلة الوصية.

القول الثاني: ببطلانها إذا مات ولا غنم له.

وبه قال بعض الحنفية.

---

(١) النوازل الصغرى ٣/ ٩، ٤/ ٤٢٥، ٤٤٣، الوصايا ص ٥٠٣ وما بعدها.

والراجح: قول جمهور أهل العلم؛ لاتفاقهم على صحة الوصية بالمجهول، وهذا منه[١].

وقد اختلف العلماء فيما يجب فيها على أقوال[٢]:

القول الأول: أن الواجب فيها قيمة الوسط من الموصى له، فإذا كانت الوصية بشاة لزمهم قيمة شاة وسط، وإذا كانت بدار لزمهم قيمة دار وسط، ولا يلزم الورثة شراؤها إذا لم تكن في التركة كما لا يلزم إعطاؤها إذا كانت في التركة.

وهو قول المالكية[٣].

وحجته: حمل اللفظ على أوسط مدلولاته.

وفي قول للمالكية: أن الواجب فيها العين الموصى بها يعطونها له من التركة، أو يشترونها له إذا لم تكن في التركة.

وحجته: وقوفاً مع لفظ الموصي؛ لأنه أوصى بالعين ولم يوص بالقيمة.

القول الثاني: أن الورثة بالخيار في إعطاء العين الموصى لها، أو قيمتها الوسط.

وهو قول الحنفية[٤].

وحجته: ما تقدم من حجة القول الأول.

القول الثالث: أنه يجب فيها أقل ما يصدق عليه الاسم، فإذا كانت بشاة لزمهم أقل ما يسمى شاة صغيرة، أو كبيرة سليمة، أو معيبة، وهكذا إذا كانت

---

(١) البدائع ٧/ ٣٥٥، الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٦.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٦، شرح الزرقاني ٨/ ١٩١، التاج والإكليل ٦/ ٣٧٧، نهاية المحتاج ٦/ ٧٠، المغني ٦/ ١٤٩.

(٣) شرح الزرقاني ٨/ ١٩١.

(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٧٠.

الوصية بدار أو سيارة أو فرس، ففي الجميع يلزمهم ما يسمى بذلك الاسم لغة، ولا يلزمهم أن يعطوه مما في التركة، ولا يجوز إعطاء القيمة.

وهو قول الشافعية، والحنابلة[1].

وحجتهم: حمل اللفظ على أقل مدلولاته، فيلزم عليه أقل ما يسمى بذلك الاسم.

ولعل سبب هذا الخلاف: راجع إلى الخلاف في حمل اللفظ على أقل مدلولاته، أو أعلاها، أو وسطها، فمن قال يحمل على الوسط قال هنا بلزوم الوسط، ومن رأى حمله على أقل مدلولاته قال هنا بلزمهم أقل ما يسمى بذلك الاسم.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن يقال: إن الواجب الوسط من جنس ما أوصى به الميت؛ إذ هو العدل إلا إن رضي الموصى له بالقيمة، فيعطى قيمة الوسط لما تقدم.

ولم يقل أحد هنا بلزوم الأعلى؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على الأقل فلا يلزم إلا بيقين، ولأن الزائد مشكوك فيه والأموال لا تنتقل بالشك، ولأن الشك في السبب يؤدي إلى بطلان المسبب.

المسألة الثانية: الوصية بعين شائعة في نوعها:

مثل: الوصية بشاة من غنمه، أو نخلة من نخيله، أو شقة من شققه، أو دار من دوره، أو بعير من إبله، أو سيارة من سياراته، أو سفينة من سفنه.

لا خلاف في صحة الوصية إذا كان الموصى به موجوداً وقت الوصية

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٦/١٤٩.

والموت، كما اتفقوا على بطلانها إذا لم يكن موجوداً وقت الموت وإن كانت موجودة وقت الوصية.

وقد اختلف العلماء في اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية وعدمه على قولين:

الأول: أنه يشترط وجوده وقت الوصية[١].

وهو مذهب المالكية، وقول الحنفية، وأحد وجهين للحنابلة.

القول الثاني: أنه لا يشترط وجوده.

وهو قول للحنفية، ومذهب الشافعية، والوجه الثاني للحنابلة[٢].

وتظهر ثمرة الخلاف: فيمن ملك ذلك بعد الوصية ومات والموصى به في ملكه، فعلى القول الأول تبطل الوصية ولا شيء للموصى له، وعلى الثاني تصح ويعطى للموصى له وصيته.

أدلة القول الأول: (عدم اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية):

١ ـ القياس على الوصية بالدراهم المرسلة كألف درهم؛ فإنه لا يشترط تملكها وقت الوصية.

٢ ـ القياس على الوصية بجزء شائع كثلث ماله، أو ربعه؛ فإنه لا يشترط وجدود مال له وقت الوصية، فكذلك هنا[٣].

وحجة من قال باشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية:

استدلوا على اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية وبطلانها إذا لم يكن موجوداً ولو وجد عند الموت:

١ ـ أنه أوصى بما لا يملك ولا وصية فيما لا يملك.

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٠٦، حاشية الدسوقي ٤/٤٤٠، حاشية العدوي ٥/٤٤٦.

(٢) البدائع ٧/٣٥٥، نهاية المحتاج ٩/ ٦٩، المغني ٦/١٤٦.

(٣) المصدر السابق.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ لم يوص بمعين.

وإنما أوصى بفرد مبهم.

٢ ـ أن تقييد الوصية بقوله من غنمي مثلاً جعل كلامه كالهذيان؛ لأنه لا غنم له، ومن شروط الوصية الجدية في إنشائها وعدم الهزل فيها كما سبق[1].

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ قوله: «من غنمي» مثلاً، باعتبار ما سيكون، وهذا صحيح لغة.

١ ـ القياس على من قال: أوصيت له بداري، ولا دار له، فإن الوصية تكون باطلة، فكذلك هنا[2].

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق؛ إذ قوله بداري وصية بمعين غير موجود، أما هنا فوصية بمبهم، وأيضاً عدم الجواز غير مسلم.

وسبب الخلاف: هو هل المعتبر في الملك وقت الوصية أو وقت الموت، فمن اعتبر الأول قال ببطلانها، ومن اعتبر الثاني قال بصحتها.

الراجح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ إذ المعتبر في الوصايا وقت الموت، والأصل إعمال كلام الموصي لا إهماله، ما لم توجد قرينة.

وأما قدر ما يجب فيها فعلى أقوال[3]:

القول الأول: أن الموصى له شريك بالجزء في نوع المال الموصى فيه بنسبة العدد الموصى به وقت الوصية للعدد الموجود يوم تنفيذ الوصية، زاد

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٤٠، شرح الخرشي ٦/ ٤٤٦، شرح الزرقاني ٨/ ١٩١.

(٢) المغني مع الشرح الكبير ٦/ ١٤٩.

(٣) المدونة ٤/ ٢٨٠، الذخيرة ٧/ ٥٧، شرح الزرقاني ٨/ ١٩١، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٧، التاج والإكليل ٦/ ٣٧٧، ٣٧٨، الوصايا ص٤٣٦.

المال أو نقص، وإذا لم يبق إلا العدد الموصى به، فإنه يأخذه الموصى له وحده إذا حمله الثلث، أو قدر ما يحمله منه إذا كان أكثر من الثلث.

فإذا كانت الوصية بعشر شياه من غنمه، وهي خمسون يوم الوصية، فكأنه أوصى له بخمس الغنم؛ لأنها نسبة عشرة إلى خمسين فإذا بقيت الغنم كذلك فذاك، وإذا زادت أو نقصت اعتبرت تلك النسبة، فإذا نمت فأصبحت مئة فإنه يكون شريكاً بالعشر لا بالخمس؛ لأن المعتبر يوم التنفيذ، وإذا نقصت فصارت عشرين كان شريكاً بالنصف، فتجزأ الغنم إلى عشرة أجزاء في المثال الأول، وإلى جزأين في الأخير معتبراً في ذلك القيمة، ثم يقرع بينهما، فمن نابه شيء أخذه.

وباعتبار القيمة في القسمة دون العدد يمكن أن ينوبه في سهمه عشرة أو عشرون أو أكثر لاختلاف الغنم كبراً وصغراً، وجودة ورداءة، وسمناً وهزالاً.

فإذا ماتت الغنم ولم يبق إلا العدد الموصى به أو أقل، فإن الموصى له يأخذ ذلك وحده، ولا ينقص له عن العدد المسمى.

وإذا وصى بعشرة وهي خمسون، فمات عشرون أعطي ثلث الباقي، وإن هلك ثلاثون أعطي نصف والباقي، وإن بقي خمسة عشر فله الثلثان.

وهو المشهور عند المالكية[1].

القول الثاني: أنه شريك بالجزء مطلقاً زاد المال أو نقص، ولو لم تبق إلا واحدة.

وبه قال بعض المالكية[2].

فإذا أوصى له بشاة من غنمه وهي خمسة، فقد أوصى بخُمس غنمه، فإذا هلكت ولم تبق إلا واحدة أعطي خمساً، وهكذا.

---

(١) المصادر السابقة للمالكية.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

وحجة هذا القول: مراعاة لفظ الموصي والنسبة بين العدد الموصى به والموصى فيه زاد المال أو نقص بخلاف القول الأول، فإنه راعى النسبة إذا بقي المال على حاله أو زاد، أما إذا نقص فإنه يعتبر عنده العدد حينئذ.

القول الثالث: أنه يعطى للموصى له بعدد ما وصي له به، فإن كانت الوصية بواحدة أعطي واحدة، وإن كانت بعشرة أعطي عشرة، وهكذا بقطع النظر عن القيمة وبلا قرعة؛ وقوفاً مع لفظ الوصية.

وللورثة أن يعطوه أقل ما يصدق عليه الاسم، ولا يلزمهم الوسط ولا الأعلى؛ لقاعدة المطلق يخرج من العهدة منه بأقل ما يصدق عليه اللفظ، وقاعدة حمل اللفظ على أقل مدلولاته.

ولا يجوز للورثة إمساك ما في التركة وإعطاؤه من غيرها، ولو تراضيا على ذلك إلا إذا لم يكن في التركة إلا العدد الموصى به؛ فإنه يتعين دفعه بعينه ولو كان أعلى وأجود.

فإذا أوصى بسيارة من سياراته، أو دار من دوره، ومات وليس له إلا سيارة فاخرة أو دار فخمة، فإنه يتعين إعطاؤهما للموصى له إلا أن يصالحوه على غيرها، فيجوز عندهم؛ لأنه صلح على معين بخلاف ما إذا كان في التركة أكثر من العدد الموصى به، فإنه لا يجوز الصلح وإعطاؤه من غير التركة؛ لأنه صلح على مجهول، وذلك أنه إذا أوصى له بسيارة من سياراته فمات عن خمس سيارات مثلاً، فإن الواجب واحدة غير معينة، فيجوز إعطاؤه أي واحدة منها، فإذا صالحوه بإعطاء غيرها فقد صالحوه على غير معين، فلا يجوز.

وهو مذهب الشافعية[1]،

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٦٩، المغني ٦/١٤٩.

والمذهب عند الحنابلة: أنه يعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم[١].

وحجته: أنه يعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم؛ لأنه اليقين كالإقرار.

القول الرابع: أن للورثة الخيار في إعطائه العين الموصى بها أو قيمتها، ويلزمهم الوسط في الحالتين[٢].

وهو مذهب الحنفية.

وحجته: أن الوسط فيه مراعاة لحق الورثة وحق الموصى له.

القول الخامس: أن الموصى له شريك بالعدد الموصى به يأخذه بالقرعة، فإذا أوصى له بشاة من غنمه أو سيارة من سياراته، فإنه يعطى واحدة بالقرعة.

وبه قال بعض المالكية، وأحد قولي الحنابلة[٣].

وحجته: أن القرعة طريق لإخراج المبهم من بين أمثاله.

والأقرب أن يقال: إن كان هناك عرف أو قرائن رجع لها، وإن لا كما ذكر الشافعية والحنابلة: أنه يعطى أقل ما يقع عليه الاسم لوجود الدلالة اللغوية.

المسألة الثالثة: الوصية بعين شائعة في جميع المال:

مثل: الوصية بسيارة من ماله، أو دار، أو شاة من ماله، ولا يشترط وجود الموصى به يوم الوصية بالاتفاق، فإذا أوصى له بشيء من ذلك ولا سيارة له ولا دار ولا شاة يوم الوصية، ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الوصية تصح؛ لوجود الموصى به وقت الموت وهو وقت وجوب الوصية.

---

(١) الإنصاف ٧/١٩٣.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/٢٠٦.

(٣) المصادر السابقة للمالكية والحنابلة.

والفرق بين هذه والتي قبلها ـ شاة من غنمي ـ أنه هنا أضاف الموصى به إلى ماله، فدل ذلك على قصده إعطاء ذلك وإن لم يكن موجوداً، وفي التي قبلها شاة من غنمي أضاف الموصى به إلى نوعه، فاقتضى ذلك إعطاءه إذا كان ذلك النوع موجوداً في التركة، فتبطل الوصية إذا لم يوجد في التركة.

أما النسبة لما يستحقه الموصى له فيها، فإن هناك أقوالاً:

القول الأول: أن الخيار للورثة في إعطاء العين الموصى بها، أو قيمتها على نحو ما سبق في الوصية بعين مطلقة.

وهو مذهب الحنفية.

لكن عند الحنفية: يشترط وجود الموصى به عند الموت.

القول الثاني: أن الورثة يعطونه أقل ما يصدق عليه الاسم ولا يلزمهم الأفضل، ولا الوسط، كما لا يلزمهم إعطاؤه مما هو موجود في التركة، فلهم أن يشتروا له، ولا يعطونه القيمة، ولا يعطونه غير المسمى.

والفرق بين هذه والتي قبلها حيث لزمهم إعطاؤه مما في التركة وتعيينه إذا لم يوجد إلا العدد الموصى به: أنه في الأولى قيد الموصى به بكونه من غنمه أو سياراته أو دوره، فكانت وصية مقيدة بما في التركة، والمقيد محمول على قيده، وإعطاؤه من غيرها تبديل للوصية لا يجوز، وفي هذه الصورة الموصى به مطلق غير مقيد، فلذلك يجوز إعطاؤه مما في التركة ومن غيرها والخيار لهم لا له.

وبه قال الشافعية[١].

وحجته: أن الموصى به مطلق غير مقيد.

---

(١) الأم ٤/ ٩٥، نهاية المحتاج ٦/ ٩٦.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له الموصى به يوم الوصية، فإنهم يعطونه قيمة الوسط.

وهو الراجح عند المالكية.

المسألة الرابعة: الوصية بنوع من ماله، مثل:الوصية بغنمه، أو سياراته، أو نخيله:

الأمر الأول: اشتراط وجوده عند الوصية.

يشترط وجود الموصى به يوم الموت بالاتفاق، وإن هلك أو مات قبله فإن الوصية تبطل فيه؛ لفوات عينه، وتعذر تنفيذ الوصية فيه، ولا تنفذ في غيره من المال الذي لم يوص فيه؛ وقوفاً مع لفظ الموصي[١].

سواء كان الهلاك قبل الموت أو بعده؛ لأنه إذا كان الهلاك قبله فالوصية لا تستحق إلا بالموت ولا موصى به عنده، وإن كان بعد الموت فلأن التركة في يد الورثة أمانة غير مضمونة؛ لأنه حصل التلف بغير تعد ولا تفريط، والأمين لا ضمان عليه إلا أن يتعدوا بعد الموت فيلزمهم الضمان، كما أنه إذا كان الهلاك بتعد من أجنبي بعد الموت؛ فإن الوصية تنتقل إلى بدل الموصى به من قيمته أو مثله؛ لأن الوصية تملك بعد الموت فمن أتلفها فعليه غرمها[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٣].

وقد اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في اشتراط وجود الموصى به وقت الوصية على أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط وجوده في ملك الموصي يوم الوصية، الوصية صحيحة إذا ملك ذلك بعد الوصية قبل الموت.

---

(١) المدونة ٤/ ٢٨٠.

(٢) المغني ٦/ ٧٣، الذخيرة ٧/ ٤٧، نهاية المحتاج ٦/ ٧٣، حاشية الرهوني ٨/ ٢٥٨، الوصايا ص٥٠٥.

(٣) من الآية ١٩٤ من سورة البقرة.

وبه قال الشافعية، والحنابلة[١].

وحجته: أن العبرة بيوم الموت[٢].

القول الثاني: اشتراط وجوده يوم الوصية، ولا يكفي وجوده بعدها قبل الموت، فإذا أوصى بغنمه ولا غنم له، ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الموصى له لا حق فيها.

وهو مذهب الحنفية، وهو مقتضى قول المالكية[٣]، وقول الظاهرية[٤].

وحجته: بطلان الوصية حين إنشائها، وما وقع باطلاً لا يمكن تصحيحه.

وأما بالنسبة لاستخلاف مثله في حال هلاكه أو بيعه، فإن هناك قولين[٥]:

فقيل: إن الوصية تتعلق بنوع الموصى به لا بشخصه، فإذا هلك ما كان موجوداً أو باعه وامتلك مثله، فإن الوصية تتعلق به ويقضى به للموصى له.

وقيل: تختص بعين الموجود يوم الوصية، فإذا استبدله بمثله فلا حق للموصى له في البدل[٦].



---

(١) المصادر السابقة للشافعية والحنابلة.

(٢) نهاية المحتاج ٦/٩٦، حاشية الشرقاوي ٢/٧٥.

(٣) الشرح الكبير ٤/٤٤٠، شرح الخرشي ٥/٤٤٦، شرح الزرقاني ٨/١٩١.

(٤) المحلى ٩/٣٢١.

(٥) حاشية الرهوني ٨/٣٢١، وما بعدها.

(٦) الوصايا والتنزيل ص٥٠٥.

المطلب الثالث
الوصية بالنقود

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: أن تكون التركة كلها عروضاً لا نقود فيها، كما لو أوصى بعين ليست في التركة كألف درهم، ولا دراهم له، ففيه خلاف:

القول الأول: أن الورثة يخيرون إما أن يخرجوا الوصية، أو يعطوا للموصى له ثلث التركة كلها، ولا يبيع الحاكم شيئاً من التركة لتنفيذ الوصية.

وبه قال مالك.

وحجته: أن الموصي لاحق له في الوصية بأكثر من ثلثه؛ فإن عدل عنه إلى الوصية بما ليس في التركة، لم يلزم ما عينه.

القول الثاني: لا يخير الورثة، بل تباع العروض، ويعطى الموصى له وصيته.

وهو قول الحنفية، وأشهب، وابن القاسم.

وحجته: مراعاة لفظ الموصي.

إلا أن أشهب قال: بتعجيل البيع لتنفيذ الوصية، إلا أن يكون في ذلك ضرر على الورثة فيؤخر اليوم واليومين؛ لأن دلالة الأمر على الفور.

وابن القاسم قال: بالانتظار حتى تباع العروض ولا يعجل البيع[1] لأن دلالة الأمر ليست على الفور.

---

(١) الفتاوى الحائية ٦/ ٤٣٤، الذخيرة ٧/ ١٥١، المنتقى ٦/ ١٦٣، مواهب الجليل ٦/ ٤٨٤.

ونوقش: بعدم التسليم؛ بل الأمر يقتضي الفورية.

والأقرب القول الأول؛ لقوة ما عللوا به، ويبادر بالوصية؛ لدلالة الأمر على الفور.

المسألة الثانية: أن تكون التركة كلها نقوداً، فالوصية تجوز في حدود الثلث إذا كانت التركة كلها حاضرة، فإن كان فيها عين حاضرة وعين غائبة، فليس له الوصية إلا بما يحمله ثلث الحاضرة، فإن زاد عليه كان للورثة الخيار في إمضاء الوصية، أو إعطاء الموصى له ثلث الميت في الحاضرة والغائبة، نص عليه المالكية[(١)(٢)].

المسألة الثالثة: أن تكون التركة مختلفة بعضها عروض وبعضها نقود، فإذا أوصي بالعين وترك العروض للورثة كمن له أرض، ودار، وماشية، ونقد، وأوصى بالنقد.

ففيه خلاف:

القول الأول: يجوز له ذلك أحب الورثة أم كرهوا إذا كانت في الثلث فأقل[(٣)].

وبه قال الحنفية، وأشهب من المالكية.

وحجته: عموم أدلة الوصية، وهذا يقتضي أن له أن يوصي بما شاء إذا كان في حدود الثلث لغير وارث.

القول الثاني: لا يجوز له أن يوصي بالنقد كله أو بأكثر من ثلثه، ويترك للورثة العروض ولو كانت قيمتها أكثر من ثلثي التركة.

---

(١) المنتقى ٦/ ١٦٤، المعيار ٩/ ٣٨٥.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الفتاوى الحائية ٦/ ٤٣٤، المنتقى ٦/ ١٦٤.

وهو قول مالك، وابن القاسم[١].

وحجته: تضرر الورثة؛ إذ النقد ليس كالعرض.

القول الثالث: إن كان بيع العقار والعروض يتأخر، فالخيار للورثة في إمضاء الوصية أو إعطاء الموصى له ثلث التركة في العين وغيرها.

وهو قول للمالكية[٢].

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الرابعة: أن تكون التركة بعضها نقود وبعضها دين:

ففيه خلاف أيضاً:

القول الأول: لا يجوز أن يوصي بالعين الحاضرة ويترك للورثة الدين، ولو كانت العين الموصى بها الثلث بأقل[٣].

فإن فعل فللورثة الخيار في إمضاء الوصية أو إعطاء الموصى له ثلث التركة.

وبه قال مالك.

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

القول الثاني: يجوز ذلك بشروط: أن يكون المدين حاضراً موسراً غير ملد، وأن يكون الدين حالاً أو مؤجلاً لا يتعذر بيعه، وقيمته الثلثان فأكثر[٤].

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

القول الثالث: إن خرجت الوصية من ثلث العين فذلك، وإن لم تخرج

---

(١) المنتقى ٦/ ١٦٤، المعيار ٩/ ٣٨٥.

(٢) الذخيرة ٧ / ١٢٠، المنتقى ٦/ ١٦٤.

(٣) المدونة ٤/ ٣٠٥، الذخيرة ٧/ ١١٩.

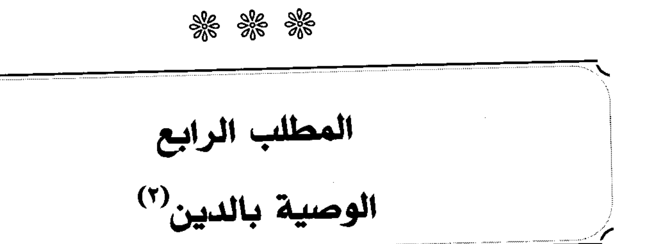
(٤) الذخيرة ٧/ ١١٩.

دفع إلى الموصى له ثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي وصيته.

وهو قول الحنفية.

المسألة الخامسة: التي تكون التركة كلها مالاً غائباً، أو ديناً، ولا مالاً حاضراً؛ فإن الوصية بالعين المرسلة صحيحة، فإن طالب الموصى له بتعجيل وصيته فإنه يخير الورثة في تعجيل الوصية، أو إعطائه ثلث التركة يتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب[1].

❋ ❋ ❋



المطلب الرابع
الوصية بالدين[2]

وفيه مسائل:

المسألة الأولى:

الدين مال من الأموال تصح الوصية به كله أو بعضه إذا حمله الثلث كغيره من الأموال، سواء أوصى به لمن هو عليه أو لغيره؛ لعموم أدلة الوصية وإطلاقها، فتشمل الدين وغيره، وليس في هذا خلاف بين الفقهاء.

والمعتبر في كونه الثلث أو أكثر هو قيمته إذا كان غير نقد بأن كان عروضاً، أو طعاماً، أو حيواناً مثلاً، فإذا كان لشخص على غيره مئة ثوب أو عشرون شاة مثلاً، فأوصى بذلك لشخص آخر، فإن هذه الديون تقوم كم تساوي الآن نقداً؟ فإذا كانت قيمتها الثلث فأقل صحت الوصية ولزمت.

---

(١) المنتقى ٦/ ١٦٤، الوصايا ص٥٠٦.

(٢) المدونة ٤/ ٣٠٥، الذخيرة ٧/ ١١٥.

وإذا كان الدين عيناً دراهم أو دنانير أو غيرهما من العملات، فإن هناك ثلاثة أقوال[١]:

الأول: أن المعتبر عدده سواء أوصى به لمن هو عليه أو لغيره.

وهو قول مالك، وابن القاسم.

القول الثاني: أن المعتبر قيمته ولا يعتبر عدده مطلقاً.

وهو قول ابن حبيب.

القول الثالث: التفصيل: وهو اعتبار عدده بشرط:

١ ـ أن تكون الوصية لمن هو عليه.

٢ ـ أن يكون موسراً غير معسر.

٣ ـ أن يكون الدين حالاً.

٤ ـ أن لا تكون معه وصية أخرى.

وهو قول عند المالكية أيضاً.

وحجته: أنه في هذه الحالة يعتبر بمنزلة العين الحاضرة؛ لأن الموصى له يقبض من نفسه لنفسه، فلذلك اعتبر عدده بخلاف الوصية به لغير من هو عليه، أو للمدين المعسر، أو الوصية بالدين المؤجل مطلقاً، وما إذا كانت معه وصية أخرى، فإنه لابد من تقويمه في هذه الحالات الأربع، ولا ينظر لعدده لانتفاء العلة السابقة.

المسألة الثانية: إذا كان الموصى به لا يحمله الثلث:

فنص المالكية: أن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصية كلها، وإما أن يعطوا الموصى له ثلث الميت من كل ما تركه من عين ودين وعقار وغير ذلك.

---

(١) الذخيرة ٧/ ١١٥، المعيار ٩/ ٤٠٩، الوصايا ص٥٠٦.

المسألة الثالثة: إذا كانت الوصية بالدين لشخص، وبالعين لشخص آخر:

فإن هنا حالتين[١]:

الأولى: أن يوصي لأحدهما بالدين أو قدر منه، وللآخر بالعين أو بقدر منها، وفي هذه الحالة يخير الورثة، إما أن يجيزوا لكل واحد وصيته، وإما أن يعطوهما الثلث يتحاصان فيه، يضرب الموصى له بالعين بعدد ما وصي له به، ويضرب الموصى له بالدين بقيمة الدين.

مثال على ذلك: إذا ترك شخص مئة درهم عيناً حاضرة ومئة دينار، وأوصى لرجل بخمسين من العين الحاضرة وللآخر بأربعين من الدين، ولم يجز الورثة ذلك، فإذا قومت الأربعون الموصى بها من الدين بعشرين مثلاً، فإن الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم: لصاحب الخمسين نقداً خمسة أسهم، ولصاحب الدين سهمان بحسب نسبة نصيب كل واحد منهما.

الحالة الثانية: أن يوصي لأحدهما بجزء شائع من العين، وللآخر بجزء شائع من الدين مثل: أن يوصي لأحدهما بثلث دينه ولآخر بثلث عينه، وفي هذه يعطى لكل واحد منهما ما وصي له به من العين أو الدين ولا محاصة بينهما إذا حمل الثلث الوصية، فيأخذ الموصى له بثلث العين ثلث العين، والموصى له بثلث الدين ثلثه[٢].



(١) انظر: المدونة ٤/ ٣٠٥.

(٢) الوصايا والتنزيل ص٣٩٦.

المطلب الخامس
الوصية بالمرتبات

وتحته مسائل:

المسألة الأولى: المراد بالمرتب:

مبلغ من المال يصرف كل يوم، أو كل سنة في جهة من جهات البر، أو يعطى لشخص من الأشخاص بصفة دائمة، أو مؤقتة.

مثل: الوصية بإطعام الفقراء كل يوم مئة خبزة، أو الإنفاق على أبناء أخيه ألف درهم كل شهر لمدة سنة، أو إعطاء خالته ألف درهم كل شهر مدة حياتها، أو ينفق على خاله حتى يموت، ونحو ذلك.

المسألة الثانية: حكمها:

جمهور الفقهاء على صحة هذه الوصية؛ لعموم أدلة الوصية؛ ولاتفاق الفقهاء على اغتفار الجهل والغرر في الوصية.

وخالف الظاهرية فمنعوها:

وحجتهم:

١ ـ ما رواه مسلم من طريق جعفر بن محمّد، عن أبيه قال: دخلنا على جابر بن عبد الله رضي الله عنهما . . . وفيه: قوله ﷺ: «**إنّ دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا**»[1].

(١) تقدم تخريجه برقم (٢٠٤).

قال ابن حزم: «ولا شك بنص القرآن في أن ما يخلفه الميت مما لم يوص به قطعاً فهو ملك للورثة، وإذ هو ملكهم فلا يحل للموصي حكم في مال الورثة».

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فما استثناه الموصي بالوصية ليس ملكاً للورثة؛ إذ الشارع قد جعل له الثلث.

٢ ـ ولأنه قد لا يعيش إلا يوماً أو أقل وقد يعيش عشرات الأعوام، فهذا مجهول، فهو باطل لا يعرف بماذا أوصى له[1].

ونوقش هذه الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الجهالة مغتفرة في الوصية، كما حرر في مباحث الموصى به.

الوجه الثاني: أن هذه الجهالة مآلها إلى العلم.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه أهل العلم؛ إذ الأصل في الوصية الحل.

المسألة الثالثة: الوصية بمرتب مؤقت من رأس مال التركة:

وتحتها أمور:

الأمر الأول: أن تكون مدة الوصية محددة بالنص عليها من قبل الموصي، كالوصية بألف درهم شهرياً لأخيه مدة عشرين شهراً، أو ثلاثين، فيرجع إلى اعتبار نص الموصي؛ لاعتبار شرط الموصي.

الأمر الثاني: أن تكون مطلقة، فتحمل على مدى الحياة عند المالكية،

---

(١) المحلى ٩/ ٣٢٢.

والحنفية[١]، وقد تكون محددة بمدى حياة الموصى له أو غيره، فتحدد مدة الحياة بمدة العمر.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال:

القول الأول: أنه سبعون سنة.

وهو قول لمالك.

(٢٢٣) لما رواه الترمذي: حدثنا الحسن بن عرفة، حدثني عبد الرحمن بن محمد المحاربي، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**أعمار أمتي ما بين ستين إلى سبعين، وأقلهم من يجوز ذلك**»[٢].

ووجه الباجي القول بالسبعين بأنها نهاية العمر المعتاد غالباً، والزيادة عليها نادرة، والنادر لا حكم له.

القول الثاني: أنه ثمانون.

وهو قول لمالك؛ كما وجه التحديد بالثمانين: بأنه عمر قد يبلغه الإنسان

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٢، الذخيرة ٧/ ٣٦ - ٣٧.

(٢) سنن الترمذي في الدعوات: باب في دعاء النبي ﷺ (٣٥٥٠).

وقد تحرف فيه عبد الرحمن عن محمد بن عمرو، إلى عبد الرحمن بن محمد بن عمرو.

وأخرجه ابن ماجه في الزهد: باب الأمل والأجل (٤٢٣٦)، والحاكم (٢٤٢٧)، والبيهقي ٣/ ٣٧٠، والخطيب في تاريخه ٦/ ٣٩٠، وابن حبان في صحيحه (٢٩٨٠)، والقضاعي في مسند الشهاب (٢٥٢) كلهم من طرق عن الحسن به.

الحكم على الحديث:

قال الترمذي: «حسن غريب»، وصححه الحاكم على شرط مسلم، وحسنه الحافظ في الفتح ١١/ ٢٤٠.

وأخرجه الترمذي في الزهد: باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة (٢٣٣١) من طريق محمد بن ربيعة، عن كامل أبي العلاء، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

مع الصحة والتصرف، والزيادة عليها شاذة، وصاحبها في حكم المريض: فكان التقدير بالثمانين أولى.

القول الثالث: أنه مئة.

وبه قال مالك.

وأما التحديد بمئة فوجهه: بأن الأصل الحياة، فلا يقضى بالموت إلا باليقين، أو ما يقوم مقامة من العمر الذي لا يبلغه أحد في زمانه وهو المئة[(١)].

القول الرابع: يعمر أعمار أهل زمانه.

وهو ظاهر قول أبي يوسف من الحنفية، وهو قول لمالك أيضاً[(٢)].

ومنشأ الخلاف: كما قال القرافي قوله ﷺ: «**أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين**».

والنظر إلى أقصى العوائد[(٣)]، فمن تمسك بلفظ الحديث حددها بسبعين، ومن نظر إلى الواقع المعتاد حددها بما رآه أقصى مدة الحياة.

والأقرب: القول الأول، والأخير؛ لدلالة الأدلة.

الأمر الثالث: تحديد مقدار المرتب الموصى به.

قد يكون محدداً بالنقود، كألف درهم كل شهر، أو عشرة دراهم كل يوم، والأمر في هذا واضح، حيث يضرب المرتب المسمى في مدة الوصية المعلومة بالنص في الوصية المؤقتة بوقت معلوم، أو المعلومة بالحكم في المؤقتة بمدى الحياة، ليعرف المبلغ الموصى به بالتمام.

واختلف إذا كانت الوصية بالنفقة في ذلك على أقوال:

---

(١) المنتقى ٦/ ١٦٦.

(٢) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤، والمصادر السابقة للمالكية.

(٣) الذخيرة ٧/ ٣٦.

القول الأول: تدخل النفقة، والكسوة، والسكنى.

وبه قال الباجي[١].

القول الثاني: يدخل فيها القوت، والكسوة.

وبه قال مالك[٢].

وحجة هذين القولين: أن هذا مما يدخل في مسمى النفقة.

القول الثالث: لا تدخل فيها الكسوة.

وبه قال بعض المالكية[٣].

وحجته: أن لفظ النفقة لا يتناولها عرفاً، واللفظ محمول على عرف المخاطب.

والأقرب الرجوع إلى العرف، وقرائن الأحوال إن دلت على شيء، وإلا لم يجب.

وتخصص النفقة بنفقة الموصى له على نفسه، ولا يدخل في ذلك نفقته على أهله وعياله، وقوفًا مع لفظ الموصي[٤].

الأمر الرابع: مقدار ما يوقف من التركة لتنفيذ الوصية.

فإن هنا خلافاً:

القول الأول: أنه يوقف له مقدار المرتب ما لم يزد على الثلث.

وهو قول المالكية[٥].

وحجته: لأنه القدر الموصى به، فلا يوقف أكثر من الثلث إذا كان

---

(١) المنتقى ٦/١٦٦، الذخيرة ٧/٣٧.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة للمالكية.

(٤) المصادر السابقة، الوصايا ص٤٥٥.

(٥) انظر: المنتقى ٦/١٦٦.

مجموع المرتبات يفوق الثلث إلا برضى الورثة، فإذا كانت الوصية بمئة درهم كل شهر، أو كانت بالنفقة جملة، وقدرت بمئة درهم في الشهر، وكان الباقي له من العمر عشر سنين على مقتضى التعمير وقف له اثنا عشر ألف درهم، ولو كانت التركة مئة ألف درهم على هذا القول[١].

القول الثاني: أنه يوقف ثلث التركة إذا لم يجز الورثة ذلك، وإذا كانت هناك وصية أخرى، فإن الموصى له بمرتب يحاصص بالثلث.

وهو مذهب الحنفية، وبه قال الليث، ومعمر[٢].

قال السرخسي: «وكذا لو أوصى بأن ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر من ماله، فإنه يحبس جميع الثلث لينفق عليه منه كل شهر خمسة كما أوجبه الموصي».

وحجته: أنه يتوهم أن تطول حياته إلى أن ينفق عليه جميع الثلث أو يهلك بعض الثلث قبل أن ينفق، فيحتاج إلى ما بقي منه للإنفاق عليه؛ فلهذا يحبس جميع الثلث[٣].

القول الثالث: يحبس مقدار ما ينفق عليه في مدة يتوهم أن يعيش إليها في العادة، فأما ما زاد على ذلك فلا يشتغل بحبسه.

وبه قال أبو يوسف[٤].

وحجته: أن الظاهر أنه يموت قبل ذلك، وشرط استحقاقه بقاؤه حياً، فإنما يثبت هذا الشرط بطريق الظاهر لما تعذر الوقوف على حقيقته[٥].

---

(١) الوصايا ص٤٥٤.

(٢) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤.

(٣) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤.

وعند الحنفية: في حالة الإجازة يقسم المال بين الموصى له بالثلث، والموصى له بالنفقة مدى الحياة على أربعة عند أبي يوسف ومحمد، للموصى له بالثلث: الربع والباقي للموصى له بالنفقة يوقف له.

وقال أبو حنيفة: يقسم على ستة للموصى له بالثلث السدس، والباقي للموصى له بالنفقة يوقف له.

وفي حالة رد الورثة الزائد على الثلث، فإن الثلث يقسم بينهما نصفين عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم أرباعاً: للموصى له بالثلث: الربع، والباقي يوقف لصاحب النفقة[١].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لما فيه من مراعاة حق الموصى له والورثة.

فرع:

تسليم الوصية لمن أوصي له بمرتب.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وقف ما ينوب الموصى له بالمرتب على يد عدل، وصرفه له شيئاً فشيئاً، كما أوصى بذلك الموصي.

وهو قول جمهور أهل العلم[٢].

قال السرخسي: «يتوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة إن لم يكن له وصي، وينفق على كل واحد منهما من نصيبه ما سمي له في كل شهر»[٣].

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٢٨.

(٢) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤، المنتقى ٦/١٦٦.

(٣) المبسوط ٣٠/ ٤٨٤.

وحجته: أن الموصى له يستحق ذلك ما دام حياً، فإذا سلم إليه فقد يموت قبل الأجل، ويكون أتلف ذلك، فيضيع حق الورثة، أو أرباب الوصايا الأخرى[1].

القول الثاني: أنه يسلم له ما ينوبه ينفقه على نفسه ولا يوقف.

وبه قال أصبغ من المالكية[2].

وحجته: أنه تسلم له الوصية؛ لاستحقاقه لها.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه قد يموت قبل الأجل، ويكون أتلف ذلك، فيضيع حق الورثة.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله، ويمكن أن يقال بتسليم الوصية للموصى له مع الرهن المحرز، أو الكفيل المليء.

الأمر الخامس: التخفيض من المرتب.

إذا لم يكن مع الوصية بالمرتب وصية أخرى يجب تنفيذ المرتب المسمى دون زيادة أو نقص، ما دام الموقوف من التركة يفي بذلك.

فإذا لم يف بذلك لقلة الثلث، أو لمزاحمة الوصايا له في الثلث، فهل يحتفظ بالمرتب كما هو، ولو أدى ذلك إلى نفاد المال قبل انتهاء مدة الوصية، أو يخفض منه بمقدار النقص الطارئ ليستمر المرتب طيلة المدة المحددة.

أقوال عند المالكية:

الأول: وجوب المحافظة على مبلغ المرتب كما أوصى به الموصي، ولو أدى ذلك لنفاد المال الموقوف قبل انتهاء مدة الوصية.

---

(١) المنتقى ٦/١٦٦.

(٢) المصدر السابق، الوصايا والتنزيل ص٥٠٧.

وهذا قول مالك.

وحجته:

١ ـ أن الموصي قصد التوسعة على الموصى له، فلا يضيق عليه بضيق المال.

٢ ـ أنه نص الموصي ولفظه، فلا يجوز تغييره وتبديله[1].

القول الثاني: وجوب تخفيض المرتب بقدر التخفيض الذي طرأ على الوصايا، فإذا انتقص النصف خفض المرتب بمقدار النصف، وإذا انتقص الثلث انتقص المرتب إلى الثلثين، وهكذا.

وهذا قول ابن كنانة[2].

وحجته: تعلق حق الورثة أو أرباب الوصايا الأخرى؛ لاحتمال وفاته قبل تمام المدة، فيعود الباقي إليهم بخلاف ما لو بقي المرتب كاملاً، فقد يستهلك المال الموقوف قبل تمام المدة، وقبل وفاته، فيتضررون بالنقص من حقهم دونه.

ونوقش: أنه يرد عليه أنه تبديل للوصية، وتغيير لها، وإضرار بالموصى له بالنقص من راتبه المسمى له.

القول الثالث: التفصيل: فإن كان الحامل له على التقسيط خوف تبذيره إذا سلم له، فإنه يقسط له كاملاً غير منقوص؛ لأن الموصي قصد التوسعة عليه، ولم يمنعه من إعطائه المال دفعة واحدة إلا خوف تبذيره، وإن كان قصد الرفق بالورثة ليخرجوا المرتب من غلة الرقاب، ولا يبيعونها عجل له الجميع، وإن أشكل لم يعجل وحمل على الظاهر.

---

(١) انظر: الذخيرة ٧/١٢٧، ١٢٦.

(٢) المصدر السابق.

وبه قال بعض المالكية.

القول الرابع: أنه يعجل له الجميع، فإذا أوصى بعشرين درهماً لشخص، وبعشرة للآخر، ولأخيه بدرهم كل شهر، وكان جميع ما يحتاجه مدة التعمير ثلاثين، والتركة كلها مئة وعشرون، فإن الثلث هنا أربعون، وهو لا يسع جميع الوصايا، فيقسم على الوصايا الثلاث بحسب الحصص، للموصى له بالنفقة عشرون، وللموصى له بالعشرة ستة وثلثان، وللموصى له بالعشرين ثلاثة عشر وثلث، فقد انتقص لكل واحد ثلث وصيته.

وبه قال أصبغ[1].

فعلى قول مالك: ينفق على الموصى له بالنفقة درهم كل يوم مراعاة للفظ الموصي وقصده، أما لفظه فقد أوصى له بدرهم كل يوم، وأما قصده، فإن قصد الموصي التوسعة على الموصى له، ولذلك أوصى له بدرهم كل يوم؛ لأنه كان يظن كفايته، فلا ينقص له منه.

وعلى القول الثاني: ينفق عليه ثلثا درهم فقط مراعاة للنقص الذي طرأ على نصيبه في الثلث.

وعلى قول أصبغ تعجل له العشرون التي نابته في المحاصة على أنها مال من ماله يتصرف فيها كيف يشاء.

وعلى القول الثالث: ينظر لقصد الموصي، فإن كان قصده الرفق بالورثة، فإنها تعجل للموصى له، وإن كان قصده الرفق بالموصى له، والمحافظة على ماله بتقسيط الوصية له لئلا يبذرها إذا تسلمها جملة، فإنها تقسط له، ولا ينقص له من المرتب المسمى له حتى ينفد المال الموقوف.

---

(١) المصدر السابق.

فرع:

إذا وصى له بالثلث مقسطاً:

إذا كانت الوصية بالثلث مثلاً لينفق على الموصى له منه كل شهر مبلغاً معيناً كمئة، فنصّ الحنفية: على أن الموصى له يعطى الثلث عاجلاً يفعل به ما يشاء، ولا يوقف لينفق عليه مقسطاً.

جاء في الفتاوى الهندية: «أنه إذا كانت معه وصايا أخرى، فإنه يعطى ما ينوبه في المحاصة يفعل به ما يشاء أيضاً، ومن مات فنصيبه ميراث لورثته في الحالتين؛ لأن الوصية هنا من قبيل الوصية بالثلث، يملكه الموصى له بموت الموصي، اعتباراً بأول الكلام»[1].

ومذهب المالكية: أن الباقي لورثة الموصي، فقد قال ابن القاسم فيمن أوصى بمئة ينفق منها على رجل كل عام كذا، وعليه دين: فقال غرماؤه: عمروه لنأخذ الفضل لم يجابوا لذلك؛ لأن الفضل لورثة الموصي اعتباراً بآخر الكلام[2].

الأمر السادس: موت الموصى له بالمرتب.

نص الحنفية، والمالكية على بطلان الوصية بالمرتب إذا مات الموصى له، سواء كان المرتب لمدة معلومة، أو لمدى الحياة، أو مطلقاً.

قال السرخسي: «ولو أوصى أن ينفق عليه كل شهر أربعة من ماله، وعلى آخر كل شهر خمسة من غلة البستان، ولا مال له غير البستان فثلث البستان بينهما نصفان لاستواء حقهما فيه، ألا ترى أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع الثلث بوصيته، ثم يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيتوقف ثمنه على يد الموصي، أو على يد ثقة إن لم يكن له وصي، وينفق على كل واحد

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٩.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٩، الذخيرة ٧/ ١٢٧.

منهما من نصيبه ما سمي له في كل شهر، فإن ماتا جميعاً، وقد بقي من ذلك شيء رد على ورثة الموصي لبطلان وصيته بالموت»[١].

ووجهه: أن الموصي لم يرد تمليك الموصى له جميع المال المرصد للمرتب، بل أراد إيقافه عليه شيئاً فشيئاً، فإذا مات انقطع، ولا يورث عنه[٢].

فإن مات أثناء مدة المرتب، فإن ورثته يستحقون من المرتب بقدر ما مضى من المدة[٣].

وأما بالنسبة للباقي فإنه يعطى لأرباب الوصايا الذين حاصصهم صاحب المرتب لتكملة النقص الذي لحق وصاياهم بسبب المحاصة.

فإن استكملوا وصاياهم وبقي شيء فهو للورثة، كما أنه إذا لم تكن معه وصايا، أو كانت ولم يلحقها نقص، فإن الباقي يرد للورثة أيضاً، وقيل لا يرجع للورثة[٤].

ويستثني من قاعدة رجوع الباقي للورثة، أو أرباب الوصايا: ما إذا كان المرتب الموصى به وصي به لاثنين فأكثر في وصية واحدة، فإنه إذا مات أحد الموصى لهم فإن نصيبه يعود لشريكه في المرتب لا لورثة الموصي، ولا لورثة الموصى له، ولا لأرباب الوصايا الأخرى إن كانت؛ كما لو أوصى لبنات أخيه بألف درهم كل شهر وهن ثلاث بنات، فإنه إذا ماتت واحدة فإن نصيبها يعود للبنتين الباقيتين، وإذا ماتت الثانية كان نصيبها للبنت الباقية تأخذ الألف وحدها، فإذا ماتت عاد الباقي لأرباب الوصايا، أو لورثة الموصي على التفصيل السابق.

---

(١) المبسوط ٣٠/ ٤٨٥.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٨، الذخيرة ٧/ ١٢٩.

(٣) الذخيرة ٧/ ١٢٥.

(٤) الذخيرة ٧/ ٣٧، الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٨ ـ ١٢٩.

واختلف إذا سمى لكل واحد من الموصى لهم مسبقاً، مثل وصيته لخالتيه بألفين كل شهر، لكل واحدة ألف.

فقال المالكية: من مات فنصيبه لورثة الميت.

وحجته: أنه سمى لكل واحدة مبلغاً، والتسمية لا يزاد عليها؛ وقوفاً مع لفظ الموصي[1].

وقال الحنفية: من مات فنصيبه للباقي؛ لاشتراكهما في الوصية.

الأمر السابع: نفاد المال الموقوف[2].

يوقف ما ينوب الموصى له بالمرتب على يد عدل ينفق منه عليه شيئاً فشيئاً، بحسب الوصية، ولا يسلم له، فإن نفد المال قبل وفاته وعاش بعد مدة التعمير المقدرة له، فاختلف أهل العلم في رجوعه على الورثة أو أصحاب الوصايا على قولين:

القول الأول: يستأنف التعمير.

وبه قال أشهب[3].

وحجته:

١ ـ أنه حكم تبين خطؤه، فيجب نقضه وتمكين الموصى له من حقه في المرتب للمدة الباقية من حياته، ولأن لفظ الوصية يقتضي تمتيعه بمرتبه طول حياته، فحرمانه منه في آخر عمره إضرار وظلم، ومخالفة للفظ الوصية، وتبديل لها، وكل ذلك لا يجوز.

٢ ـ أنه الموافق للقياس على موته قبل نفاد وصيته، فإن الباقي يرد إلى الورثة، أو أرباب الوصايا، وينقض الحكم بوقفها له وتخصيصه بها، فإذا

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٢٨ ـ ١٢٩، الذخيرة ٧/٣٧، الوصايا ص٤٤٧.

(٢) المنتقى ٦/١٦٧.

(٣) المصدر السابق.

كان الورثة أو أرباب الوصايا يرجعون عليه إذا فضل شيء عن حياته، فإنه يجب أن يرجع عليهم إذا لم يكفه ما نابه لحياته.

القول الثاني: أنه لا يرجع بشيء على الورثة، ولا أصحاب الوصايا، ولا يفرض له في العمر الباقي.

وبه قال ابن القاسم[1].

وحجته: أن ذلك بمنزلة حكم صدر، فلا سبيل لنقضه.

ونوقش: بأن الحكم إذا تبين خطؤه، يجب نقضه.

والأقرب: القول الأول؛ دفعاً للضرر عن الموصى له.

المسألة الرابعة: الوصية بمرتب دائم من عين التركة:

كالوصية بألف ريال كل سنة للمسجد أو الفقراء:

وفيها أمور:

الأمر الأول: مشروعيتها:

اختلف العلماء في مشروعيتها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحتها ولزومها.

وهو قول جمهور أهل العلم[2]؛ لعموم الأدلة.

القول الثاني: بطلانها:

وهو مذهب الظاهرية كما سبق قريباً.

القول الثالث: صحتها بأول مرتب، وبطلانها فيما بعده، فإذا أوصى

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٨، المدونة ٤/ ٣٠٤، حواشي نهاية المحتاج ٦/ ٩٠، المغني ٨/ ٤٠٧.

بمئة كل سنة وجبت مئة في أول سنة إذا حملها الثلث، وبطلت في السنوات القادمة، فلا يستحق الموصى له إلا المئة الأولى.

وهو قول للمالكية.

وحجته: أنها تبطل فيما بعد المرتب الأول للجهل بالقدر الموصى به في المستقبل، فلا يعلم هل يخرج من الثلث أم لا ؟

والأقرب: القول الأول؛ إذ الأصل صحة الوصية.

الأمر الثاني: تكييفها:

فإن هنا قولين[1]:

القول الأول: وهو المشهور في مذهب مالك: أنها وصية بالثلث فقط ابتداء.

القول الثاني: أنها وصية بجميع المال ابتداء، فإن أجازها الورثة فذاك، وإلا ردت الثلث.

وهو مذهب الحنفية، وأحد قولين في المذهب المالكي.

ووجه القول الأول: أن الموصي ممنوع شرعاً من الوصية بأكثر من الثلث، فإذا لم ينص على مقدار الوصية فإنها تحمل على الثلث؛ لأنه الجائز شرعاً، فيحمل قوله على ما وافق الشرع.

ودليل القول الثاني: أن تنفيذ الوصية على الوجه الذي ذكره الموصي يستغرق جميع التركة؛ لأن التركة محدودة، والوصية غير متناهية، فتكون وصيته بجميع المال، إلا أن يمنع الورثة.

وتظهر ثمرة الخلاف: في اجتماع الوصية بمرتب دائم، والوصية بقدر

---

(١) الفتاوى الهندية ٢/ ١٢٨، ١٢٩، الذخيرة ٧/ ٣٥، ٣٦، التاج والإكليل ٦/ ٣٧٥، الزرقاني ٨/ ١٨٦.

معلوم، مثل الوصية لمعين بألف ريال، والوصية للفقراء كل شهر بمئة ريال، والتركة ثلاثة آلاف ريال، فإذا لم تجز الورثة أكثر من الثلث تحاصص المعين وأصحاب المرتب في الثلث، يضرب الموصى له بألف بالثلث؛ لأنه ثلث التركة، ويضرب الموصى لهم بالثلث، ويقسم بينهم أنصافاً لكل خمسمئة.

وعلى القول الثاني: يضرب أصحاب المرتب بجميع المال، وأما الموصى له بألف فإنه يضرب بالمسمى وهو الألف، ويقسم الثلث بينهما أرباعاً بنسبة وصية كل واحد من الفريقين إلى مجموع الوصيتين، فيعطى الموصى له بألف ربع الثلث، وهو مئتان وخمسون، ويوقف لأصحاب المرتب ثلاثة أرباع الثلث، سبعمئة وخمسون.

وفي حالة إجازة الورثة الوصيتين معاً على القول الثاني يقسم المال بينهما أرباعاً، وعلى القول الأول يأخذ الموصى له بألف ألفه، ويأخذ أصحاب المرتب ألفاً أخرى؛ لأن الوصية بالمرتب، وصية بالثلث، والثلث الباقي للورثة[1].

الأمر الثالث: كيفية توزيع الوصية عند تعدد الوصايا بمرتب دائم:

للعلماء قولان:

القول الأول: أنها توزع على عدد الجهات الموصى لها بقطع النظر عن مقدار ما خصصه الموصي لكل جهة.

وهو قول عند المالكية.

القول الثاني: أنها توزع على الحصص يعطى لكل جهة ما ينوبها في المحاصة.

وبه قال بعض المالكية[2].

---

(١) الوصايا والتنزيل ص٤٦٠.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

وهذا هو الأقرب؛ لأن الموصي فاضل بينهما في الوصية، وسمى لبعضها أكثر من بعض.

مثال ذلك: إذا أوصى بعشرة دراهم للفقراء، وبعشرين درهماً كل يوم للمسجد، وبثلاثين كل يوم للمرضى، ولم يجز الورثة، فإن الثلث يقسم بين هذه الجهات أثلاثاً على القول الأول، لكل جهة ثلث الثلث.

وعلى القول الثاني: يقسم أسداساً: السدس للفقراء، والسدسان للمسجد، وثلاثة أسداس للمرضى، وإذا أجاز الورثة الوصايا كلها قسمت التركة كلها أثلاثاً على القول الأول، أو على الحصص على القول الثاني.

وفي حالة اجتماع وصايا بمرتب دائم، ووصايا بمعلوم، فإنه يضرب للوصايا بمرتب بالثلث الواحد بناء على أنها وصية بالثلث ابتداء، وقيل: يضرب لكل جهة بثلث، وقيل: يضرب بالجميع.

مثال ذلك: أوصى لزيد بخمسة وسبعين، ولعمر بمثلها، وبمئة كل شهر للفقراء، وبمئتين كل شهر للمرضى، والتركة تسعمئة، فإنه يضرب للمرتبين بالثلث ثلاثمئة، ولعمرو بخمسة وسبعين، ولزيد بخمسة وسبعين، ويقسم ثلث التركة الذي هو ثلاثمئة على ستة؛ لأن نسبة وصية عمرو تساوي سدس مجموع الوصايا، لزيد سدسها خمسون، ولعمرو سدسها خمسون، وللمرتبين أربعة أسداس، مئتان تقسم بينهما بالتساوي، أو بنسبة الحصص على الخلاف السابق.

وعلى القول بأنه يضرب لكل مرتب بثلثه، فإن الثلث يقسم على عشرة فكأنه أوصى لكل جهة بثلاثمئة، ولزيد بخمسة وسبعين، ولعمرو بمثلها، فمجموع الوصايا سبعمئة وخمسون، نسبة خمس وسبعين إليها تساوي العشر، فيقسم الثلث على عشرة لزيد العشر، ولعمرو العشر، والباقي ثمانية أعشار للمرتبين تقسم بينهما بالتساوي أو الحصص على الخلاف السابق[1].

---

(١) الوصايا والتنزيل ص٤٤٥.

الأمر الرابع: ما يوقف لتنفيذ هذه الوصية:

لا توقف جميع التركة؛ لما في ذلك من الإضرار بالورثة إذا لم يجيزوا، ولا تسلم التركة كلها للورثة مقابل التزامهم بدفع المرتبات الموصى بها؛ لأن المرتبات غير متناهية، والورثة متناهون، ولأن المرتبات مجهولة المبلغ النهائي فيتعذر التزامه.

فاختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ فيما يوقف:

القول الأول: أنه يوقف ثلث التركة إذا لم تكن معها وصايا أخرى، أو ما ينوب المرتب في المحاصة إذا كانت معه وصية أو وصايا، وينفق المال الموقوف في المرتب الموصى به إلى نفاذه.

وهو قول المالكية[١].

القول الثاني: يوقف ثلث التركة ينفق منه على الموصى له.

وبه قال الحنفية[٢].

وحجة القولين: أن الوصية إلى الثلث.

القول الثالث: توقف عين من أعيان التركة تفي غلتها بالمرتب، وتصير وقفا على الجهة الموصى لها بالمرتب تختص بغلتها، فإذا زادت على المرتب فالزيادة للموصى له، وإذا نقصت فلا يتبع الورثة بالنقص، وإذا كانت العين التي وقع عليها الاختيار أكثر من الثلث، فإنه يوقف منها الثلث فقط، وتنفذ الوصية من غلتها.

وهو قول للمالكية[٣].

---

(١) المنتقى ٦/ ١٧٤، الذخيرة ٧/ ٣٥، شرح الزرقاني ٨/ ١٨٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٦.

(٣) المصادر السابقة للمالكية.

المسألة الخامسة: في الوصية بمرتب من غلة التركة:

وفيها أمور:

الأمر الأول: حكمها:

الوصية بمرتب من الغلة نوع من الوصية بالمنافع، ومذهب الأئمة الأربعة جوازها.

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة بستانه، أو بسكنى داره أو خدمة عبده تكون من الثلث»[١].

الأمر الثاني: كيفية تنفيذها:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: يوقف ما يغل المرتب ولا توقف التركة كلها، وللورثة أن يقتسموا جميع التركة إذا التزموا في ذمتهم المرتب الموصى به إذا كانوا ثقات مأمونين.

وبه قال المالكية[٢].

قال الونشريسي: «لا يلزم الورثة إيقاف التركة لأجل الوصية الممتدة إلى سنوات . . .».

وحجته: أن ما يغل المرتب هو الواجب.

القول الثاني: يوقف ثلث التركة ليؤخذ منه، ومن غلاته ما يؤدى منه المرتب الموصى به.

وبه قال أكثر الحنفية[٣].

---

(١) الإجماع ١٦٣.

(٢) الذخيرة ٧/ ١٢٥، المعيار المعرب ٩/ ٥٠٨، الوصايا ص٤٤٦.

(٣) انظر: البدائع ٧/ ٣٩٠.

وحجته: لأن الوصية بالمرتب وصية بجميع المال عندهم.

القول الثالث: يوقف من الثلث ما تفي غلته بالمرتب المسمى في المدة المعلومة، ولا يوقف ما زاد على ذلك لعدم الحاجة إليه.

وبه قال أبو يوسف.

وحجته: أن المطلوب ضمان تنفيذ الوصية، وذلك حاصل بوقف ما يغل المرتب[1].

والأقرب: هو القول الأول؛ لقوة دليله، ودفع الضرر عن الورثة لكن لا بد من رهن محرز، أو كفيل مليء حفظاً لحق الموصى له.

المسألة السادسة: الوصية بمرتب من غلة عين معينة من التركة:

مثل الوصية بألف درهم كل شهر من كراء عمارته الفلانية، أو سيارته الفلانية، ونحو ذلك:

وفيها أمران:

الأمر الأول: الوصية بمرتب من عين يحملها الثلث:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: وقف العين الموصى بالمرتب من غلتها:

اختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إذا كان المرتب دراهم أو دنانير، فإن الورثة لا يلزمهم إيقاف العين إذا التزموا بالمرتب، وكانوا ثقات مياسير، وإن لم يرض الموصى له بذلك.

أما إذا كانت الوصية بمرتب من ثمار الأشجار، فإنه يلزمهم إيقاف العين، وإن التزموا بدفع المرتب إلا أن يرضى الموصى له.

---

(١) المصدر السابق.

وهو قول المالكية[١].

وحجته:

١ ـ الفرق بين المرتب النقدي والمرتب من الثمر: أن الدراهم والدنانير لا تتعلق الأغراض بعينها، فإن التزم الورثة دفعها وهم أمناء لزم الموصى له القبول؛ لأنه لا فرق بين الدراهم والدنانير من غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، وبين الدراهم والدنانير التي يعطيها الورثة من غير غلتها.

وهذا بخلاف الثمار والزروع، فإن الأغراض تختلف فيها، وتتعلق بعينها.

٢ ـ الموصى له بنصيب من الثمار شريك في الغلة، فلا يجوز للورثة تحويل حقه إلى غيرها إلا برضاه؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها.

وإذا علم أن مقصود الموصي من الوصية بالمرتب هو المحافظة على حق الموصى له مقسطاً خشية تضييعه لم تجز مصالحته على غيرها، ولو رضي بذلك.

القول الثاني: أنه يتعين وقف العين بكاملها، ولو كانت تغل أكثر من المرتب، وقيل: يوقف منها بقدر ما تفي غلته بالمرتب؛ لأن في وقفها كلها ضرراً على الورثة.

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[٢].

وحجته: تعلق حق الموصى له بغلتها، ولاحتمال نقصان الغلة في المستقبل، فلا يبقى ما يفي بالمرتب.

---

(١) الذخيرة ١٢٥/٧.

(٢) نهاية المحتاج ٨٨/٦، المغني ٤٠٧/٨، أحكام الوصايا والأوقاف ص٢١٨، الوصايا والتنزيل ص٤٤٧.

والأقرب: أنه لا يلزم وقف العين إذا كان هناك رهن محرز، أو كفيل مليء.

الفرع الثاني: **نقصان الغلة في بعض الأعوام، أو انعدامها**:

فإن هنا تفصيلاً بحسب صيغة الوصية(١):

أولاً: قد تكون بلفظ يفيد الدفع من الغلة كل سنة أو كل شهر، مثل: أعطوه ألف درهم كل شهر من غلة أرضي الفلانية، فإن هذه الصيغة تفيد إخراج الوصية من جميع الغلة.

ثانياً: قد تكون الوصية بصيغة تقتضي الدفع من غلة كل سنة أو شهر، مثل أعطوه مئة من غلة كل عام، أو أوصيت له بعشرة من كراء كل شهر.

ففي الصيغة الأولى: يأخذ الموصى له مرتبه من الغلة الحالة، فإذا لم تغل في السنوات اللاحقة، أو أغلت أقل من مرتبه، فإنه يرجع على الورثة فيما أخذوه من الغلة السابقة، فإن لم يف بذلك فإنه يرجع في الغلة القادمة، فإذا أوصى له بألف كل شهر من كراء عمارته، فأكريت بعشرة آلاف، ثم لم تكر في الشهور اللاحقة، فإنه يرجع على الورثة بما أخذوه؛ لأن الوصية مقدمة على الميراث.

وإذا كانت الوصية بعشرة أوسق كل سنة من ثمار نخيله، فلم يغل النخل خمس سنوات، ثم أغل بعد ذلك، فإن الموصى له يأخذ وصيته ومرتبه للسنوات الخمس الماضية، وللسنة الحالية، فإن فضل شيء كان للورثة، وإن لم يف محصول هذه السنة بالمرتبات الماضية، فإنه يأخذه كله ويرجع بالباقي في الغلة اللاحقة، إذا لم تف الغلة الحاضرة بمرتبه، أو لم تغل في بعض السنوات(٢).

---

(١) انظر: المدونة ٤/ ٣٠٩ ـ ٣١٠، الذخيرة ٧/ ١٢٥.

(٢) المدونة ٤/ ٣١٠.

وبالنسبة لإيقاف الغلة الزائدة على المرتب، فإنه لا وجه لوقفها في الصورة الثانية؛ لأن الموصى له لا رجوع له في الغلة الماضية.

بخلاف الصورة الأولى، فإنه لما كان له الحق في الرجوع في الغلة الماضية، ويقدم على الورثة فيها، فهل له الحق في المطالبة بوقف الغلة، أو تعجيلها كلها له، خشية أن يستهلك الورثة ما يأخذونه، ولا يجد ما يرجع به عليهم إذا أفلسوا، أو تنقطع الغلة، أو تقل في المستقبل.

ومذهب الحنفية: أن الغلة توقف ويصرف على الموصى له مرتبه حتى تنتهي الوصية، فإن فضل شيء من الغلة أعطي للورثة، أو للموصى له بالرقبة، فقد قالوا فيمن أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم، وللآخر بثلث ماله، ولا مال له غير العبد: فإن ثلث العبد بينهما نصفان عند أبي حنيفة، وعلى أربعة عند صاحبيه، إلا أنهم يتفقون على أن نصيب الموصى له بالثلث يسلم إليه، ونصيب الموصى له بالمرتب يحبس، وينفق منه على الموصى له كل شهر درهماً، وقوفاً مع لفظ الوصية، فإن مات الموصى له بالمرتب وبقي شيء من الغلة رد ذلك إلى صاحب الرقبة[1].

وفرق المالكية بين العين المأمونة غلتها، والعين التي يخشى بوارها، أو نقصان غلتها، كما فرقوا بين الوارث المأمون، وغير المأمون.

فقالوا: إذا كانت العين الموصى بغلتها مأمونة لا يخشى بوارها، ولا نقصان غلتها عن المرتب، فإن الزائد على المرتب يأخذه الورثة، ولا يوقف؛ لأنه لا فائدة في وقفه، وفي ذلك ضرر على الورثة بحبس حقهم عنهم.

وإن كانت العين الموصى بغلتها يخشى أن لا تغل في المستقبل ما يفي بالمرتب، فإنه يوقف من الغلة بقدر ما يخاف نقصه عن المرتب، إلا أن يكون

---

(١) البدائع ٧/ ٣٩١ - ٣٩٢، الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٦ - ١٢٩.

الوارث مأمونا، غير ملد ولا ممتنع، ورضي أن يأخذ الزائد في ذمته، فيكون أحق به؛ لأن له فيه شبه الملك، ولا فائدة للموصى له في وقفه[١].

وقال عبد الحق: إذا أراد تعجيل مرتبه وشاحه الورثة، فإنه ينبغي أن يكون له بحساب ما مضى من السنة قياساً على كراء الدور والدواب[٢].

وبالنسبة لهلاك العين الموصى بمرتب من غلتها، فإنها إذا هلكت أو بارت يرجع الموصى له بالمرتب في الغلة الماضية يستوفي منها مرتبه حتى تنتهي الوصية، فإذا أوصى له بألف درهم كل سنة من غلة عمارته أو سفينته، فغلت الدار أو السفينة عشرة ملايين في سنتها الأولى، ثم انهدمت الدار أو غرقت السفينة، فإن الموصى له يأخذ مرتبه كاملاً مقسطاً، سنة بعد سنة من الملايين العشرة حتى تنهى ويرجع على الورثة، ولا يبطل حقه بهلاك الموصى بمرتب من غلته، إلا إذا هلك ولا غلة له.

كما أنه إذا هلكت الغلة كلها ولم يبق منها إلا قدر المرتب الموصى به فإن الموصى له يأخذه، عملاً بقاعدة تقديم الوصية على الإرث.

وإن مات أثناء المدة فله من المرتب بحسب ما مضى من المدة[٣].

الأمر الثاني: في الوصية بمرتب من غلة عين لا يحملها الثلث:

اختلف فيها الفقهاء:

القول الأول: أن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له الثلث شائعاً في كل ما تركه الميت إذا كانت الوصية لمعين، فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين، فإنهم يخيرون في إجازتها، أو قطع الثلث بتلاً في العين الموصى بمرتب من غلتها.

---

(١) انظر: الذخيرة ٧/ ١٢٥ ـ ١٢٨، مواهب الجليل ٦/ ٤٠، الوصايا والتنزيل ص٤٦١.

(٢) الذخيرة ٧/ ١٢٥.

(٣) المدونة ٤/ ٣١٠، الذخيرة ٧/ ١٢٥.

وهو مذهب المالكية[(١)].

القول الثاني: أنه يوقف ما يحمله الثلث، وللورثة بيع ما زاد عليه، فإن أغل الثلث الموقوف قدر المرتب، أو أقل فهو للموصى له، وإن أغل أكثر فالزائد للورثة؛ لأن الوصية بمرتب محدد فلا يزاد عليه.

وهو مذهب الحنابلة[(٢)].

وقال شيخ الإسلام: «ليس للموصى له إلا الأقل من الراتب المسمى أو ثلث غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، كمن أوصى بدرهم كل يوم من غلة داره، فإن كانت غلتها ثلاثة دراهم أعطي درهماً، وإن كانت أقل من ذلك لم يعط إلا ثلث الغلة، وأما إذا كانت أكثر من ذلك فليس له إلا الدرهم المسمى؛ لأنه الأقل»[(٣)].

وقال الحنفية: يوقف ثلث غلته، وينفق منها على الموصى له بمرتب، فإذا مات دفع ما بقي من الغلة لورثة الميت[(٤)].



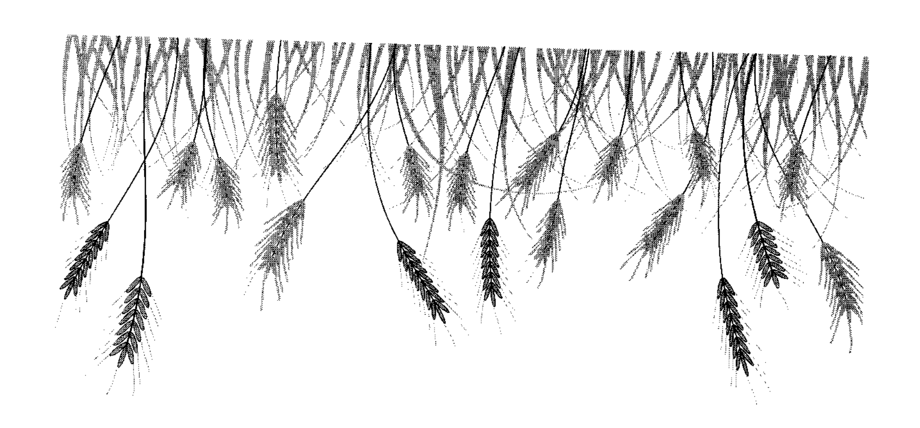
---

(١) الذخيرة ٧/ ١٢٥ ـ ١٣٠.

(٢) المغني ٦/ ٦٤.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/ ٣١٤.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٨.



الفصل الثالث

مصرف الوصية لغير معين

وفيه مباحث:





المبحث الأول
مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يحصى

إذا كانت الوصية لمحصورين وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يوجد نص من الموصي، فإن وجد قسمت الوصية عليهم بحسبه، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

وإن كانت لغير محصورين:

فاختلف العلماء في مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يحصى على أقوال:

القول الأول: أنها تقسم على من حضر القسم بالاجتهاد ممن يشمله لفظها يوم القسم.

وبه قال المالكية[٢]، وظاهر قول الحنابلة[٣].

وحجتهم: أن العبرة بيوم القسم لا يوم الوفاة.

القول الثاني: أنها لمن يشمله لفظها يوم الوفاة لا يوم الوصية، إلا إن

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢١٥، الاختيار لتعيل المختار ٥/ ٧٩، المدونة ٤/ ٣٧٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٤٧، حاشية العدوي ٨/ ١٧٧، الشرح الكبير ٤/ ٤٣٤، الحاوي ٨/ ٣٠١، الهداية لأبي الخطاب ص٣٤٨، المستوعب ٢/ ٥٢٩.

(٢) المدونة ٤/ ٢٩٩، الذخيرة ٧/ ٧١، المنتقى ٦/ ١٧٤.

(٣) المغني ٨/ ٤٠٧.

كان هناك ما يشعر بالحاجة، كالوصية لليتامى أو العميان أو أهل السجون فتصرف للمحتاجين.

وهو قول الشافعية[١].

وحجته:

١ ـ أن يوم الوفاة هو وقت انتقال الملك، واعتبار الثلث، وتشمل الجميع لعموم اللفظ.

٢ ـ أنه إذا وجد ما يشعر بالحاجة اختصت بالمحتاجين للقرينة.

القول الثالث: أنها تصرف للمحتاجين ممن يشملهم لفظها.

وهو قول الحنفية[٢].

وحجته: إلحاق الوصية بالوقف.

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق، كما تقدم في أول الباب الأول.

والأقرب: القول الأول؛ لما يأتي في المسألة الآتية.

واختلفوا في أقل عدد يدفع لهم:

باتفاق الفقهاء أنه لا يجب تعميمهم، ولا التسوية بينهم، قال الحطاب: «وإن كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين، والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم، فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم، ولا التسوية بينهم»[٣].

قال ابن قدامة: «وجاز التفضيل والتسوية؛ لأن وقفه عليهم، مع علمه

---

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٧٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢٤٣، الفتاوى الهندية ٦/ ٨٠.

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٤٠.

بتعذر استيعابهم، دليل على أنه لم يرده، ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه»[١].

واختلفوا في أقل عدد يجب توزيعها عليهم على أقوال:

القول الأول: أنه يجوز دفعها لواحد.

وبه قال الحنفية[٢]، وهو مقتضى قول المالكية[٣] حيث جعلوا الأمر موكولاً إلى اجتهاد الموصى إليه، وبه قال الحنابلة[٤].

وحجته:

(٢٢٤) ١ ـ ما رواه مسلم من طريق حماد بن زيد، عن هارون بن رياب، حدثني كنانة بن نعيم العدوي، عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال: تحملت حمالة فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: «**أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها**»[٥].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز الاقتصار على واحد؛ لأن النبي ﷺ دفع الصدقة إلى نفس واحدة، والوصية ملحقة بالصدقة.

٢ ـ أن مقصود الموصي عدم مجاوزة الجنس، وذلك حاصل بالدفع إلى واحد[٦].

٣ ـ أن امتثال الفعل يصدق بأدناه.

---

(١) المغني ٨/٤٠٧.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٥٠٣، الهداية ٤/٥٢١، الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٦، الدر المختار ١٠/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/١٢٢٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٥، الشرح الكبير ٤/ ٤٣٤.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) صحيح مسلم ـ كتاب الزكاة: باب من تحل له المسألة (ح١٠٤٤).

(٦) ينظر: الممتع في شرح المقنع ٤/١٤٨، المبدع ٥/٣٥١، كشاف القناع ٤/ ٢٩٠.

٤ ـ أن التعريف في الفقراء للجنس، فإذا دفعها لواحد فقد دفعها لجنس الفقراء.

٥ ـ ما تقدم من عدم إيجاب استيعابهم.

القول الثاني: أنه لابد في الدفع من اثنين فصاعداً.

وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية[١].

وحجته: أن الفقراء اسم جمع، وأقل الجمع ثلاثة، ومراعاة معنى الجمع واجبة ما أمكن إلا أن الاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاثة كالميراث، والجمع في باب الميراث يتناول اثنين فصاعداً، فكذلك في الوصية[٢].

ونوقش هذا الاستدلال:

قال الكاساني: «وقد خرج الجواب عما ذكره محمد ـ رحمه الله ـ على أن مراعاة معنى الجمع إنما تجب عند الإمكان، فأما عند التعذر فلا، بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله: والله لا أتزوج النساء، وقوله: إن كلمت بني آدم، أو إن اشتريت العبيد إنه يحمل على الجنس، ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس، وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع؛ لأن ذلك مما لا غاية له، ولا نهاية، فيحمل على الجنس»[٣].

ونص الحنابلة: إلى أن الأفضل التعميم ما أمكن، ويدفع إليهم بقدر الحاجة، ويبدأ بأقارب الموصي[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٠٣، تبيين الحقائق ٦/ ١٩١.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٠٣، فتح القدير ٦/ ٢٤٣.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٠٣.

(٤) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، الحنابلة.

في كشاف القناع: «(ويكفي من كل صنف) شخص (واحد)؛ لتعذر الاستيعاب بخلاف الوصية لثلاثة عينوا حيث تجب التسوية لإضافة الاستحقاق إلى أعيانهم (ويستحب إعطاء من أمكن منهم) والدفع على قدر الحاجة (وتقديم أقارب الموصي)؛ لما فيه من الصلة»[١].

القول الثالث: أن أقل ما يجزي ثلاثة، فإن دفعها لأقل دفعها ضمن ما نقص، وإن أعطاها لواحد ضمن حق اثنين، ويضمن أقل ما يصدق عليه أنه مال؛ لأنه أقل ما يجزي دفعه لكل واحد، ويستحب التعميم ما أمكن، ويتأكد تفضيل الأشد حاجة وعيالاً، والأولى: تقديم أرحام الموصي، ومحارمه، ثم محارمه رضاعاً، ثم جيرانه ثم معارفه.

وبه قال الشافعية[٢].

وحجته:

١ ـ أن أقل الجمع ثلاثة.

٢ ـ أن التعريف في الفقراء للعموم.

ونوقش: بما نوقش به دليل القول الثاني.

والأقرب: ما ذهب إليه أهل القول الأول؛ لما استدلوا به، ومناقشة دليل القولين الآخرين.

فرع:

انفراد الذكور بالوصية في قول الموصي: أوصيت لبني فلان.

صورة المسألة: إذا قال الموصي: أوصيت لبني فلان، فهل ينفرد الذكور بالوصية دون الإناث مطلقاً، أو يفرق بين ما إذا كان الموصى إليهم قبيلة كبيرة، أو أسرة صغيرة؟

---

(١) كشاف القناع ٤/٣٧٦، مطالب أولي النهى ٤/٤٤٩.

(٢) المهذب ١/٥٩٥، البيان ٨/٢٣٣، الحاوي الكبير ٨/٣٠١.

إذا قال الموصي: أوصيت لبني فلان، فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون بنو فلان الموصى إليهم قبيلة.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أن الذكور لا ينفردون بالوصية، بل تشمل الذكور والإناث.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، وهو أصح الوجهين للشافعية، وبه قال الحنابلة[1].

وحجته:

١ ـ أنه إذا أوصى لبني هاشم ـ مثلاً ـ دخل فيه الذكر والأنثى؛ لأن ذلك اسم لقبيلة ذكرها وأنثاها، قال تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ﴾[2]، وقال: ﴿وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[3]، وقال: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾[4]، يريد الجميع سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً.

٢ ـ أن للمرأة أن تقول: أنا من بني فلان، ويفهم من قولها ما يفهم من قول الرجل: أنا من بني فلان، فدل ذلك على عدم انفراد الذكور بها.

٣ ـ **قال الكاساني**: «ويدخل فيه الذكور والإناث؛ لأن الإضافة إلى أب القبيلة إضافة النسبة، كالإضافة إلى القبيلة ألا يرى أنه يصح أن يقال: هذه المرأة من بني تميم، كما يصح أن يقال: هذا الرجل من بني تميم، فيدخل

---

(١) المغني ٨/ ٤٥٠، شرح الزركشي ٤/ ٣٨١.
(٢) من الآية ٤٠ من سورة البقرة.
(٣) من الآية ٧٠ من سورة الإسراء.
(٤) من الآية ٢٦ من سورة الأعراف.

فيه كل من ينتسب إلى فلان ذكراً كان أو أنثى، غنياً كان أو فقيراً؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة، وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان»[١].

القول الثاني: أن الذكور ينفردون بالوصية، فلا تشمل الإناث.

وهو وجه آخر للشافعية.

وحجته: أن قول الموصي: أوصيت لبني فلان، إذا نظرنا في لفظ «بنين» لاحظنا أنه من الجموع الملحقة بجمع المذكر السالم، ومفرده «ابن» فلا تدخل في جمعه الإناث وفق لسان العرب[٢].

ونوقش: بأن عدم دخول الإناث في لفظ البنين إن أريد به عدم دخولهن مطلقاً، فلا يسلم به، وإن أريد عدم دخولهن في أصل الوضع اللغوي يسلم به، لكنهن داخلات بالتبع والتغلب[٣].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة القول الثاني.



---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٤٤٣.
(٢) أوضح المسالك ١/ ٤٨، لسان العرب ١٤/ ٨٩، المصباح المنير ص٣٨.
(٣) المصباح المنير ٣٨.

المبحث الثاني
الوصية لأصناف من لا يحصى

كالوصية للفقراء، والمساكين، والمجاهدين، واليتامى.

وقد اختلف فيها على قولين:

القول الأول: توزع بحسب الاجتهاد بين الأصناف الموصى لهم وأفرادهم، ولا يلزم تعميم ولا تسوية، ولا تقسم على عدد الأصناف والأنواع الموصى لها(١).

وهو قول المالكية(٢).

وحجته: ما تقدم من الدليل على أن الوصية لغير المحصورين لا يجب تعميمهم، ولا التسوية بينهم.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا في غير أصناف من لا يحصى.

القول الثاني: تقسم على عدد الأصناف أولاً، فإذا كانت الوصية للفقراء والمساكين قسمت نصفين، وإذا كانت لليتامى والمرضى والمجاهدين مثلاً قسمت أثلاثاً، وهكذا، ثم يقسم سهم كل صنف على أهله على الطريقة السابقة في الوصية لمجهول غير محصور.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة(٣).

---

(١) المدونة ٤/ ٢٩٩، الذخيرة ٧/ ٧١، المنتقى ٦/ ١٧٤.

(٢) المدونة ٤/ ٢٩٩، الذخيرة ٧/ ٧١، المنتقى ٦/ ١٧٤، الوصايا ص٤٥٦.

(٣) البدائع ٣/ ٣٧٣، الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٦، نهاية المحتاج ٦/ ١٧٤، المغني ٦/ ١٢٥.

وحجته: اختلاف أجناس الموصى لهم.

والأقرب: ما ذهب إليه الجمهور؛ لقوة دليله، إلا إن كان هناك شرط، أو مصلحة، فيتجه إليه ما ذهب إليه المالكية، وبهذا تجتمع الأقوال.



المبحث الثالث
الوصية لجماعة محصورة، وأخرى غير محصورة

كالوصية لبني فلان وللمساكين، والوصية لقرابته وللمساكين.

وقد اختلف فيها العلماء على أقوال:

القول الأول: الوصية بينهما نصفان، نصف للجماعة المحصورة يقسمونه بالتساوي على عدد الرؤوس، أو بالاجتهاد على الخلاف السابق، ونصف للجماعة المجهولة غير المحصورة يقسم بالاجتهاد، ولا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم.

وهو قول المالكية[1].

وحجته: أنه يقسم بينهما نصفان لاختلاف أجناس الموصى لهم.

القول الثاني: لكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم، فإذا كان بنو فلان في المثال المذكور ثلاثة، فلهم ثلاثة أسهم، وللمساكين سهم، وإذا كانت الوصية لبني فلان وهم أربعة، وللفقراء والمساكين قسمت على ستة، لكل ابن سهم، وللفقراء سهم، وللمساكين.

وهو قول الحنفية.

وحجته: تسوية أفراد المحصورين بجنس الجهة لتسوية اللفظ بينهما.

---

(١) انظر: المنتقى ٦/ ١٧٤، الذخيرة ٧/ ٧٠.

القول الثالث: تقسم على عدد الجماعات، لكل جماعة سهم كانت محصورة أو غير محصورة، ولذا قالوا فيمن أوصى لأمهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين: أن الوصية تقسم أثلاثاً، ثلث لأمهات الأولاد، وثلث للفقراء، وثلث للمساكين.

وهو مذهب الشافعية، وظاهر قول الحنابلة[1].

وحجته: اعتبار كل جهة جنس مستقل.

والأقرب في هذه المسألة: أن كل جهة سواء كانت محصورة، أو غير محصورة جنس مستقل؛ إذ هذا مقتضى اللفظ لجعله كل جهة مقابلة للأخرى.



(١) نهاية المحتاج ٦/ ٨١، وينظر: المغني ٨/ ٤٠٧.

المبحث الرابع
الوصية لمعين، وجماعة محصورة

مثل الوصية لعمه وأخواله، أو الوصية لعمرو وأبناء عمه.

اختلف في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: أن النصف للمعين وحده، والنصف الآخر للجماعة المذكورة معه.

وهو قول للحنابلة، قال الحارثي: «أظهر الوجهين أن لها النصف»[١].

وحجته: قياساً على الوصية لزيد والفقراء، فإن لزيد النصف، وللفقراء النصف، فكذلك هنا[٢]؛ لأنه وصى لجهتين فتقسم بينهما بالتساوي.

القول الثاني: أن المعين هنا يعتبر كواحد من الجماعة تقسم الوصية بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس.

وهو قول الحنفية، والمالكية[٣]، وقول للحنابلة قدمه في الرعاية الكبرى[٤].

وحجته: أن الموصي شرك بينه وبينهم في الوصية، والشركة تقتضي المساواة عند الإطلاق.

---

(١) الإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/ ٣٤٠.
(٢) المغني ٦/ ١٢٦.
(٣) الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٥ ـ ١٢١، المنتقى ٦/ ١٧٦.
(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٤٠.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - إن كان هناك قرينة تدل لأحد القولين عمل بها، وإلا فالأقرب القول الأول؛ لكونه أضاف الوصية إليهما جميعاً، فاقتضى ذلك التسوية.



المبحث الخامس
الوصية لمعين، وجماعة غير محصورة

مثل: الوصية لزيد والفقراء.

هذه المسألة لا تخلو من أحوال:

الحال الأولى: إذا وصف الموصي المعين بصفة الجماعة الموصى لها معه، فتبين خلاف ذلك، فإنه لا يستحق شيئاً، كما لو قال في وصيته: لزيد الفقير والفقراء، فإنه إذا تبين أنه غني لم يكن له شيء؛ لأنه أوصى له بشرط الفقر فلم يوجد.

الحال الثانية: إذا وصفه بوصف مميز فإنه يستحق نصف الوصية، كما لو أوصى لزيد الإمام أو الكاتب أو العالم، أو المدرس، والفقراء أو الطلبة، فإن زيداً يعطى نصف الوصية، والنصف الآخر للجماعة المجهولة.

الحال الثالثة: إذا لم يوصف هذا المعين بوصف الجماعة، ولا بوصف يميزه.

فاختلف العلماء فيها على أقوال:

القول الأول: أن للمعين النصف، وللفقراء النصف، فإذا كان المعين اثنين فالوصية بينهم على ثلاثة، كما لو أوصى لزيد وعمرو والفقراء[1].

وهو قول الحنفية، وبعض الشافعية، ومذهب الحنابلة.

وعند الحنفية: إذا كان من لا يحصى لا تصح الوصية له، فإن المعين

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٠٦، نهاية المحتاج ٦/١٨٦، المغني ٨/٤٠٧.

يأخذ الوصية كلها، كمن أوصى لفلان وبني تميم، أو أوصى لزيد والمسلمين، أو الفقهاء وبني تميم، بناء على أصل الحنفية من بطلان الوصية لمن لا يحصى إذا لم يكن في لفظ الموصى له ما يشعر بالحاجة[١].

القول الثاني: أن المعين يعطى حكم المجهول، وهو واحد منهم، ويعطى من الوصية باجتهاد المكلف بتوزيعها، في تقديمه وتأخيره، وفي مقدار ما يعطيه، ولا شيء لوارثه إذا مات قبل القسمة؛ لأن هذه الوصية لا تستحق إلا بالقسم[٢].

وهو قول المالكية.

وقول للشافعية: إلا أنه يعطى أقل متمول.

القول الثالث: أن له الربع.

وهو قول للشافعية[٣].

القول الرابع: أنه كأحدهم في القسمة، فإذا كان الفقراء ثلاثة أعطي الربع، أو أربعة أعطي الخمس، وهكذا.

وهو قول للشافعية[٤].

الأدلة:

دليل القول الأول: (يعطى النصف):

١ ـ أن النصف يقتضي التشريك بين المتعاطفين، والأصل في الشركة المساواة، فيحمل عليها عند الإطلاق.

---

(١) المصدر السابق ٦/ ١٢١.
(٢) المدونة ٤/ ٢٩٩، المنتقى ٦/ ١٧٤، الذخيرة ٧/ ٩٣، حاشية الزرقاني ٨/ ١٨٦.
(٣) نهاية المحتاج ٦/ ٨٦.
(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٨٦.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن العطف يقتضي التشريك في أصل الحكم دون تفاصيله، ومقدار النصيب.

٢ ـ القياس على الوصية لزيد وعمرو؛ لأن كلاً منهما وصية بحقين ولمصرفين[(١)].

دليل القول الثاني: (حكم المجهول):

أن الموصي لما ضمه إليهم دل ذلك على قصد إعطائه حكمهم، واعتباره كواحد منهم، فيعمل بقصده لقيام القرينة الدالة عليه، ولعل هذا مبني على دلالة الاقتران، وهي ضعيفة عند الأصوليين.

دليل القول الثالث، والرابع:

القول بإعطائه الثلث، والقول بإعطائه الربع مبنيان على الخلاف في أقل الجمع، فمن قال: اثنان أعطاه الثلث، ومن قال: ثلاثة أعطاه الربع[(٢)].

الترجيح في هذه المسألة كالترجيح في المسألة السابقة.



---

(١) المغني ٦/ ١٢٥.

(٢) نهاية المحتاج ٦/ ٨١.

المبحث السادس
الوصية لمعين، وجهة البر

مثل الوصية لخالد، والمسجد، يعطى للمعين النصف والنصف للجهة.

نص عليه: الحنفية، والشافعية، والحنابلة[١].

قال في المبسوط: «لو قال: ثلث مالي لفلان وللحجّ كان نصفه لفلان ونصفه للحج؛ لأنّ الوصيّة للحجّ وصيّة لله تعالى، فصار كأنّه أوصى لاثنين»[٢].

وقال المرداوي: «لو وَصَّى له وللرَّسول ﷺ بثلث ماله: قُسم بينهما نصفان على الصَّحيح من المذهب نصَّ عليه.

وقيل: الكل له.

فعلى المذهب: يُصرف ما للرسول في المصالح».

وقال أيضاً: «لو وَصَّى له ولله: قُسم نصفان على الصحيح من المذهب، وقيل: كُلُّه له»[٣].

وفي حالة تعدد الجهات يعطى لكل جهة سهم، ولكل معين سهم، كما

---

(١) المبسوط ٢٣/ ١٦٠. وانظر: البدائع ٧/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٦/ ٨١، الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٣٤.

(٢) المبسوط ٢٣/ ١٦٠. انظر: البدائع ٧/ ٣٧٣.

(٣) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٣٤.

لو قال ثلثي في الحج، والزكاة، والكفارات، ولفلان فإنه يقسم على أربعة[١].



(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١١٥.

المبحث السابع
الوصية لجماعتين محصورتين

كما لو أوصى بثلثه لأخواله وأعمامه، أو لأولاد أخيه وأولاد أخته.

القول الأول: أنها توزع بينهم على عدد الرؤوس بالتساوي، أو بالاجتهاد على الخلاف السابق[١]، إلا أن يبين الموصي شيئاً فيعمل به، كما لو أوصى لأولاد ابنه وأولاد ابنته على أن يكون لأولاد الابن النصف أو الثلثان، ولأولاد البنت ما بقي، فإنه يعمل بشرطه.

وهو قول المالكية[٢].

وحجته: ما تقدم من الدليل على الوصية لمعين وجماعة غير محصورة عند المالكية.

القول الثاني: أنه يجب استيعابهم، والتسوية بينهم.

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[٣].

وحجتهم: أنهم محصورون، وكل صنف محصور يجب تعميمهم، والتسوية بينهم وإن اختلفت حاجتهم[٤].

---

(١) المنتقى ٦/ ١٧٤، الزرقاني ٨/ ١٨٦، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/ ٣٣٤.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والوصايا ص٤٥٠.

(٣) المصادر السابقة للشافعية، والحنابلة.

(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٧٩.

والأقرب: ما ذهب إليه الشافعية، والحنابلة، إلا إن كان هناك شرط، أو مصلحة رآها الموصى إليه، فيتجه ما ذهب إليه المالكية، وبهذا تجتمع الأقوال.



المبحث الثامن
الوصية للجهة، والجماعة المحصورة

مثل: الوصية لبني أخيه وللمسجد، أو لأخواله والجماعة.

فتقسم الوصية بين الجهة وأفراد الجماعة المحصورة، لكل واحد سهم، فإذا كان بنو أخيه خمسة قسمت الوصية على ستة، كما أنه إذا كان أخواله في المثال الثاني ثلاثة، فإنها تقسم على أربعة[1].



(١) الذخيرة ٧/٩٧، ٧١.

المبحث التاسع
الوصية للجهة، والجماعة غير المحصورة

مثل الوصية للمسجد، والفقراء، أو الوصية للسبيل، واليتامى والمساكين.

القول الأول: أن الوصية تقسم بالاجتهاد، ولا يتعين قسمها على عدد أصناف الموصى لهم، فلا يجب قسمها أنصافاً في المثال الأول، أو أثلاثاً في المثال الثاني.

وهو قول المالكية[١].

القول الثاني: تقسم بين الجهة والجماعة غير المحصورة حسب العدد، ففي المثال الأول تقسم أنصافاً، النصف للمسجد والنصف للفقراء.

وفي المثال الثاني تقسم أثلاثاً، وإذا كانت الوصية للجماعة والمستشفى والمرضى فسمت أرباعاً .

وهو قول الحنفية، وظاهر قول الشافعية، والحنابلة[٢].

وحجته: أن كلاً منهما جهة مستقلة.

والأقرب: قول جمهور أهل العلم؛ لدلالة اللفظ على ذلك.



---

(١) الذخيرة ٧/ ٧١، أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية ص١٢٨.
(٢) البدائع ٧/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٦/ ٨١، المغني ٨/ ٤٠٧.

المبحث العاشر
الوصية للأقارب

وتحته مطالب:

المطلب الأول
مصرف الوصية للأقارب

إذا قال: هذه وصية لقرابتي، فاختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في المراد بالقرابة على أقوال:

القول الأول: أنه يدخل في ذلك كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه من غير تقييد.

وهو احتمال ذكره في الكافي، وصححه الحارثي من الحنابلة[١].

وعند المالكية[٢] أنهم قرابته من جهة أبيه ومن جهة أمه.

فيشمل كل من يقرب لأبيه، وأمه.

قال الخرشي والدسوقي: «إذا قال: هذا حبس على أقاربي، فإنه يدخل أقاربه من الجهتين، فيدخل كل من يقرب لأبيه من جهة أبيه، أو من أمه من الذكور والإناث، ويدخل كل من يقرب لأمه من جهة أمها، أو من جهة أبيها

---

(١) الكافي ٣/ ٥٨٨، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٦/ ٤٨٩.

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٤٦)، شرح ألفاظ الواقفين (ص١٢٠)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/ ٩٤)، منح الجليل (٨/ ١٦٣).

من الذكور والإناث، فتدخل العمات والخالات وأولادهن، والأخوة، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والخال وابنه، ولا فرق بين المسلم والذمي»[(١)].

ورواية عن أحمد، وفي قول للمالكية: كل قرابته من قبل الأب الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى دون قرابته من قبل الأم.

القول الثاني: أنهم قرابته من جهة أبيه، وجهة أمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى، ما خلا الأب والأم وولد الصلب إن كانت الوصية على غير قرابة الموصي، وورثته إن كان الوقف على قرابته.

وهو الصحيح من مذهب الشافعية[(٢)].

وفي وجه لهم أن المراد بالقرابة: قرابته من قبل الأب، الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى دون قرابته من قبل الأم في الوصية على العربي دون الأعجمي.

القول الثالث: كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبويه، سوى أبويه وولده لصلبه.

وهو المذهب عند الحنفية، وزاد أبو يوسف: الجد، وابن الابن، **وقال أبو حنيفة**: كل ذي رحم محرم من قبل الأب والأم، ما خلا أبويه وجده وولده دون الكافر، ويسوي بينهم[(٣)].

القول الرابع: قرابة الرجل: أولاده، وأبوه، وجده، وجد أبيه، وأولادهم.

وهو المذهب عند الحنابلة[(٤)].

---

(١) شرح الخرشي ٧/ ٩٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٩٤.

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٧٢ ـ ١٧٣)، منهاج الطالبين (٣/ ٨٠)، تيسير الوقوف (١/ ١١٤).

(٣) ينظر: أحكام الأوقاف للخصاف (ص١٤٤)، الإسعاف (ص١٠٨، ١١٠)، الدر المختار ورد المحتار (٦/ ٥٥١).

(٤) المغني (٨/ ٥٢٩)، كشاف القناع (٤/ ٢٨٧)، مطالب أولي النهى (٤/ ٣٥٩).

وفي رواية عن أحمد: يختص بثلاثة آباء.

وعن الإمام أحمد: يختص بولده وقرابة أبيه وإن علا.

وعن أحمد: أنه يختص بمن يصله منهم[1].

قال ابن قدامة: «وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان، فهو للذكر والأنثى من أولاده، وأولاد أبيه وجده، وجد أبيه، ويستوي الذكر والأنثى»[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول: (أنهم كل من عرف بقرابته من جهة أبيه أو أمه):

(٢٢٥) ١ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق عمرو بن مُرَّة، عن سعيد بن جُبَيْر، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما أنزل الله عز وجل: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾[3] أتى النبي ﷺ الصفا فصعد عليه، ثم نادى: **«يا صباحاه»**، فاجتمع الناس إليه بين رجل يجيء إليه، وبين رجل يبعث رسوله، فقال رسول الله ﷺ: **«يا بني عبد المطلب، يا بني فهر، يا بني لؤي، أرأيتم لو أخبرتكم أن خيلاً بسفح هذا الجبل تريد أن تغير عليكم صدقتموني؟»**، **قالوا: نعم، قال: «فإني نذير لكم بين يدي عذاب شديد»**[4].

(٢٢٦) ولما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾[5] دعا رسول الله ﷺ قريشاً، فعمّ وخصّ، فقال: **«يا معشر قريش أنقذوا أنفسكم من النار، يا معشر بني عبد مناف أنقذوا أنفسكم من**

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير ١٦/ ٤٨٩.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير ١٦/ ٤٨٩.

(٣) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٤) صحيح البخاري ـ كتاب التفسير: باب: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ (٤٧٧٠)، ومسلم ـ كتاب الإيمان: باب في قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ (٢٠٨) (١/ ١٩٣).

(٥) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

النار، يا فاطمة بنت محمد أنقذي نفسك من النار، فإني ـ والله ـ لا أملك لكم من الله شيئاً، إلا أن لكم رحماً سأبلها ببلالها»(١).

وجه الدلالة: قال ابن حجر: «موضع الشاهد منه قوله فيه: «ويا صفية، ويا فاطمة» فإنه سوى ﷺ في ذلك بين عشيرته فعمهم أولاً، ثم خص بعض البطون، ثم ذكر عمه العباس، وعمته صفية، وابنته، فدل على دخول النساء في الأقارب وعلى دخول الفروع أيضاً، وعلى عدم التخصيص بمن يرث ولا بمن كان مسلماً»(٢).

ونوقش: **قال ابن حجر:** «يحتمل أن يكون لفظ الأقربين صفة لازمة للعشيرة، والمراد بعشيرته قومه، وهم قريش. . . .، وعلى هذا فيكون قد أُمِرَ بإنذار قومه، فلا يختص ذلك بالأقرب منهم دون الأبعد، فلا حجة فيه في مسألة الوقف؛ لأن صورتها ما إذا وقف على قرابته، أو على أقرب الناس إليه ـ مثلاً ـ، والآية تتعلق بإنذار العشيرة، فافترقا»(٣).

٢ ـ ما رواه أنس رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾(٤) قال أبو طلحة: أرى ربنا يسألنا من أموالنا، فأشهدك يا رسول الله أني قد جعلت أرضي بيرحا لله، فقال رسول الله ﷺ: **«اجعلها في قرابتك»**. فجعلها في حسان بن ثابت، وأبي بن كعب(٥).

---

(١) صحيح البخاري ـ كتاب الوصايا: باب: هل يدخل على النساء والولد في الأقارب (٢٧٥٣)، ومسلم ـ كتاب الإيمان: باب في قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ (٢٠٤) (١/ ١٩٢).

(٢) فتح الباري (٥/ ٤٥٠).

(٣) فتح الباري (٥/ ٤٥٠).

(٤) من الآية (٩٢) من سورة آل عمران.

(٥) تقدم تخريجه برقم (٨).

ويجتمع أبو طلحة مع حسان في الأب الثالث، ومع أبيّ في الأب السادس[١].

٣ - صدق اسم القرابة على كل من عرف بقرابته، فيشمل الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والغني والفقير، والمحرم وغير المحرم[٢].

ودليل المالكية: أن المراد بالقرابة كل قريب من جهة الأب أو الأم: ما تقدم من دليل القول الأول.

ودليل من قال القرابة من ينسب إلى الأدنى: أن العرب لا تفهم من مطلق اسم القرابة إلا قرابة الأب؛ لأن العرب تفتخر بآبائها بخلاف قرابة الأم.

دليل القول الثاني: (قرابته من جهة أبيه وأمه ... ما خلا الأب والأم، وولد الصلب...):

١ - الدليل على أن المراد بالقرابة كل قريب من جهة الأب والأم: ما تقدم من دليل القول الأول.

٢ - واستدلوا لإخراج الأب والأم وولد الصلب: بأنهم لا يسمون أقارب عرفاً، بل القريب من ينتمي بواسطة[٣].

٣ - واستدلوا لإخراج الورثة إن كان الوصية على قرابته: بعرف الشرع؛ لأن الوارث لا يُوصى له، فيختص بالباقين[٤].

---

(١) ينظر: صحيح البخاري مع فتح الباري (٥/ ٤٤٦).

(٢) الكافي لابن قدامة (٣/ ٥٨٨)، المبدع (٥/ ٣٤٤).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٧٣)، أسنى المطالب (٣/ ٥٢)، مغني المحتاج (٣/ ٨٠).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٧٢)، عجالة المحتاج (٣/ ١١٠٠)، أسنى المطالب (٣/ ٥٢)، مغني المحتاج (٣/ ٨٢).

ونوقش هذا: بأنه مردود شرعاً ولغةً:

الوجه الأول: أنه مردود شرعاً، فإن النبي ﷺ دعا ابنته فاطمة رضي الله عنها لما نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾[1].

الوجه الثاني: أن أصل الرجل وفروعه يدخلون في أقرب الأقارب، فكيف لا يكونون من الأقارب[2].

الوجه الثالث: دخول الأب والأم والولد خصوصاً والورثة عموماً في اسم القرابة، وصدقه عليهم، قال ابن منظور: «وأقارب الرجل عشيرته الأدنون»[3].

دليل القول الثالث: (كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام):

١ ـ استدل القائلون بأن القرابة ما كان من قبل الأب وحده: بأن العرب لا تفهم من مطلق اسم القرابة إلا قرابة الأب؛ لأن العرب تفتخر بآبائها، بخلاف قرابة الأم، فإنهم لا يفتخرون بها، ولا يعدونها قرابة[4].

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: «أن عرف الناس في اسم القرابة ينطلق على ما كان من الجهتين»[5].

الوجه الثاني: صدق اسم القرابة على ما كان من قبل الأم، وتناوله لهم، فيدخلون في عمومه.

---

(١) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.
(٢) ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٨٠).
(٣) لسان العرب ١/ ٦٦٥.
(٤) ينظر: التهذيب (٤/ ٥٢٢)، أسنى المطالب (٣/ ٥٣)، مغني المحتاج (٣/ ٨٠).
(٥) الحاوي الكبير (٨/ ٣٠٣).

الوجه الثالث:

(٢٢٧) أن النبي ﷺ فاخر بسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فقال: «هذا خالي، فليرني امرؤٌ خاله»[(١)].

قال الترمذي رحمه الله: «وكان سعد بن أبي وقاص من بني زهرة، وكانت أم النبي ﷺ من بني زهرة، فلذلك قال النبي ﷺ: هذا خالي»[(٢)].

٢ ـ واستدل القائلون بتناول القرابة لكل من يناسب الموصي إلى أقصى أب له في الإسلام: بأن الاسم يتناول كل قريب، إلا أنه لا يمكن العمل

---

(١) سنن الترمذي في المناقب: باب مناقب سعد بن أبي وقاص (٥/ ٦٠٧) (٣٧٥٢)، والطبراني في الكبير (١/ ١٤٤) من طريق أبي أسامة،
وابن سعد في الطبقات ٣/ ١٣٧من طريق سعيد بن القطان،
وأبو يعلى في المسند (٤/ ٤٢) من طريق علي بن مسهر،
ثلاثتهم (أبو أسامة، وسعيد، وعلي) عن مجالد، عن الشعبي به.
وأخرجه الحاكم في المستدرك من طريق إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن جابر.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث مجالد»، وتابعه إسماعيل بن أبي خالد، وهو ثقة (تقريب التهذيب ص١٣٨) عند الحاكم في المستدرك في ذكر مناقب أبي إسحاق سعد بن أبي وقاص، من كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم (٣/ ٥٦٩)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.
قال ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٢٧٩): «هذا الحديث صحيح . . . قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث مجالد . . . وأما الحاكم فأبدل «مجالداً» بـ «إسماعيل بن أبي خالد» ثم قال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين.
زاد أبو نعيم في معرفة الصحابة له في روايته: قال أبو أسامة يعني يباهي به.
فائدة: وقع مثل هذا الحديث في حق أبي طلحة زيد بن (سهل) الأنصاري، فأخرج الحاكم في مستدركه في ترجمته عن أنس: «أنه ـ عليه السلام ـ قال: هذا خالي، فمن شاء منكم فليخرج خاله ـ يعني: أبا طلحة زوج أم سليم».
قال في الكرم: قال: هذا.

(٢) الجامع الصحيح (٥/ ٦٠٧).

بعمومه؛ لتعذر إدخال جميع أولاد آدم ﷺ، فتعتبر النسبة إلى أقصى أب في الإسلام؛ لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بالإسلام، والشرف به، فصار الجد المسلم هو النسب، فلا يعتبر من كان قبله[1].

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن تناول القرابة لكل من يناسب الموصي إلى أقصى أب في الإسلام كان يستقيم في زمان صاحبي أبي حنيفة رحمهم الله؛ لأن أقصى أب كان قريباً، يصل إليه بثلاثة آباء، أو أربعة آباء، فأما في زماننا فلا يستقيم؛ لأن عهد الإسلام قد بعد[2].

قال الكاساني: «أن الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة؛ لأن الأب أصل والولد فرعه وجزؤه، والقريب من غيره لا من نفسه»[3].

الوجه الثاني: مخالفته الظاهرة للعرف، فإن الواقف لا يريد أن يشمل بوقفه قرابته الذين ينتسبون إلى أقصى أب في الإسلام، مع تعددهم وانتشارهم إلى حد يتعذر معه إدراكه لهم، ومعرفته بهم، فضلاً عن الرغبة في برّهم، وصلتهم.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾[4].

وجه الدلالة:

قال الكاساني: «عطف الأقربين على الوالد، والعطف يقتضي المغايرة في الأصل»[5].

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٣/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٧/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٩)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠١).

(٣) المبسوط ٢٧/ ١٥٦.

(٤) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

(٥) المبسوط ٢٧/ ١٥٦.

وإذا أخرج الأب من أن يكون قريباً للابن خرج الابن من أن يكون قريباً للأب.

ونوقش: بأن إفراد الوالدين بالذكر لمزيد العناية بهما، والتأكيد على حقهما، لا لأنهما من غير القرابة.

ونوقش: بما نوقش به دليل الشافعية المتقدم[١].

٤ ـ واستدل لأبي حنيفة رحمه الله: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ وَإِيتَآيِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ﴾[٣].

قال السرخسي: «فلما كان مأموراً بصلة القرابة، وإنما تجب الصلة ممن كان ذا رحم منه، فانصرفت الوصية إليه دون غيره؛ لأن القرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم؛ لاختصاصها بأحكام مخصوصة، من عدم جواز المناكحة، والعتق عند الملك، وعدم الرجوع في الهبة ووجوب النفقة عند العشرة، فانصرفت الوصية إليه»[٤].

٥ ـ قال الكاساني: «القرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم، ولأن معنى الاسم يتكامل بها، وأما غيرها من الرحم غير المحرم فناقص، فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره؛ لأنه لو كان حقيقة لغيره فإما أن يعتبر الاسم مشتركاً أو عاماً، ولا سبيل إلى الاشتراك لأن المعنى متجانس، ولا إلى العموم لأن المعنى متفاوت، فتعين أن يكون الاسم حقيقة لما قلنا، ولغيره مجازاً[٥].

---

(١) ينظر: الدليل الثاني من أدلة أصحاب القول الثاني.
(٢) من آية (٩٠) من سورة النحل.
(٣) من آية (٢٢) من سورة محمد.
(٤) المبسوط ٢٧/ ١٥٦.
(٥) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٩).

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الوجه الأول: «أن القريب اسم مشتق من معنى، وهو: القرب، وقد وجد القرب، فيتناول الرحم المحرم وغيره»(١).

الوجه الثاني: فعل النبي ﷺ لما نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾(٢)، فإنه جمع قريشاً، فعمّ وخصّ، وأنذرهم، وفيهم ذو الرحم المحرم وغيره.

(٢٢٨) وروى البخاري لما نزل قوله تعالى: ﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾(٣) أعطى أولاده، وأولاد عبد المطلب، وأولاد هاشم، ذكرهم وأنثاهم، فشمل بعطائه ذا الرحم المحرم وغيره(٤).

الوجه الثالث: «أن اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً، وقد تحرم على الرجل ربيبته، وأمهات نسائه، وحلائل آبائه وأبنائه، ولا قرابة لهم، وتحل له ابنة عمه وعمته، وابنة خاله وخالته، وهن من أقاربه»(٥).

أدلة القول الرابع: (أولاده، وأولاد أبيه، وجده، وجد أبيه):

١ ـ استدل القائلون بأن المراد بالقرابة: أولاد الموصي وأبوه وجده وجد أبيه وأولادهم: بأن الله تعالى لما قال: ﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾(٦). قال في الشرح الكبير: «يعني: قربى النبي ﷺ، أعطى النبي ﷺ أولاده، وأولاد عبد المطلب، وأولاد هاشم، ذكرهم وأنثاهم، ولم

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٩)، وينظر: الهداية للمرغيناني (١٠/ ٤٧٧)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠١).

(٢) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٣) من الآية (٧) من سورة الحشر.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٣١٤٠).

(٥) المغني (٨/ ٥٣١).

(٦) من الآية (٧) من سورة الحشر.

يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً، ولم يعط قرابة أمه وهو بنو زهرة شيئاً. . .، ولم يعط منهم إلا مسلماً، فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى، وفُسِّر بما فسر به»[(١)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن إعطاء النبي ﷺ بعض قرابته سهم ذوي القربى لا يلزم منه حصر لفظ ذوي القربى فيهم، بل هو أوسع كما في أدلة الرأي الأول.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾[(٢)] فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً، وإذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومه لم يدخلوا في لفظ الواقف.

٣ ـ أن الظاهر من حال الموصي أنه لا يريد الكفار؛ لما بينه وبينهم من عداوة الدين، وعدم الوُصْلة المانعة من الميراث ووجوب النفقة، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والإخوة، والأزواج، وسائر الألفاظ العامة في الميراث، فكذا هنا[(٣)].

٤ ـ أنه يسوي بين قريبهم وبعيدهم، وذكرهم وإناثهم؛ لأن اللفظ يشملهم.

٥ ـ ودليل اختصاص الوقف بمن يصله من أقاربه: بأن صلته إياهم في حال حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه، فوجب حمل عموم لفظه على خصوص فعله[(٤)].

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة مع الإنصاف (١٦/ ٤٩٠).

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) المغني (٨/ ٥٣٠)، الشرح الكبير مع الإنصاف لابن قدامة (١٦/ ٥٠٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٩٠).

(٤) ينظر: المغني ٨/ ٥٣٠، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ٤٩١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن المراد بالقرابة كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه من المسلمين؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول المخالف.

قال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

لكن يستثنى من ذلك من يرث من قرابته؛ إذ لا وصية لوارث.

❊ ❊ ❊

المطلب الثاني
تقديم الأقوى قرابة

نص الشافعية والحنابلة: أنه لا يُرجَّح بذكورة، بل يستوي الأب والأم والابن والبنت، والأخ والأخت، والعم والعمة، ثم أولادهم.

ويستوي أولاد البنين وأولاد البنات.

والأخ من الأب، والأخ من الأم سواء.

قال المرداوي: «وهذا مبني على القول بأنّ الأخ من الأمّ يدخل فِي القرابة. . . ، قاله في الفروع، وغيره، وكذا الحكم في أبنائهما».

ويقدم الأب على الجد، والابن على ابن الابن.

ويُقدّم ولد الأبوين من الإخوة والأخوات، والأعمام والعمَّات، وأولادهم على ولد أحدهما، ويُقَدَّم أخ لأب على ابن أخ لأبوين.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب أو لأم:

إذا أوصي شخص لأقرب قرابته، فهل يقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب أو من الأم؟.

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: أن الأخ من الأبوين أقرب من الأخ من جهة واحدة.

وبهذا قال الجمهور: الحنفية[١].

والشافعية في المذهب عندهم[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة[٣].

القول الثاني: استواء الإخوة في الاستحقاق.

وهو قول للشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة[٥] اختارها شيخ الإسلام.

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الأخ الشقيق أقرب وأحق):

١ ـ أن من أدلى بجهتين فهو أولى ممن أدلى بجهة واحدة كالميراث[٦].

٢ ـ القاعدة: أن الاستحقاق المعلق على وصف يقوى بقوة ذلك الوصف، والاستحقاق هنا معلق على القرابة، والأخ الشقيق أقرب من الأخ لأب.

٣ ـ اللغة والعرف، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب لغة وعرفاً.

دليل القول الثاني: (استواء الأخوة في الاستحقاق):

أن جهة الأمومة ساقطة كالنكاح[٧].

ويناقش: بأن القياس على ولاية النكاح قياس مع الفارق؛ إذ التقديم

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٦.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ١٦٢.

(٣) الإنصاف ٧/ ٢٤٤، كشاف القناع ٤/ ٣٦٣.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ١٦٢.

(٥) الإنصاف ٧/ ٢٤٤.

(٦) كشاف القناع ٤/ ٣٦٣.

(٧) المصدر السابق.

هناك لمطلق الولاية والعصوبة بخلاف الوصية هنا فهي للأقرب، فينصرف إلى ما كان أقرب من حيث النسب والقرابة، فيصبح الأخ الشقيق أقرب من الأخ غير الشقيق.

الترجيح:

أولى القولين بالصواب ـ فيما يظهر ـ هو قول الجمهور أن الشقيق يقدم على غير الشقيق فيمن أوصى لأقرب قربته؛ لقوة دليله، وضعف دليل القول الثاني بمناقشته.

المسألة الثانية: الترتيب بين الأب والابن:

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: إن وصَّى لأقرب قرابته وله أب وابن فهما سواء.

هذا المذهب عند الحنابلة.

لاستوائهما في الدرجة.

القول الثاني: تقديم الابن على الأب.

وهو قول الشافعية، واحتمال عند الحنابلة.

المسألة الثالثة: الترتيب بين الأخ والجد:

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: الأخ والجدّ سواء.

وهذا هو المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: يُقدّم الأخ على الجدِّ.

وهو قول الشافعية، واحتمال عند الحنابلة.

وقيل: يُقَدَّم الجدُّ على الأخ.

وهو قول للحنابلة.

المسألة الرابعة: الترتيب بين الأب وابن الابن:

القول الأول: الأب أولى من ابن الابن.

وهو الصَّحِيح من المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: أنّ ابن الابن أولى.

وهو قول الشافعية، وقول للحنابلة.

المسألة الخامسة: الترتيب بين الجد والعم:

القول الأول: يستوي جَدَّاه وعمَّاه كأبويه.

وهو الصَّحيح من المذهب عند الحنابلة، وقدَّمَهُ في الفروع.

وقيل: يُقَدَّم جَدُّه وعَمُّه لأبيه[1].

فرع:

قال ابن الرِّفعة ـ من الشافعية ـ: «ويقدم العم والعمة على أبي الجد، والخال والخالة على جد الأم وجدتها... ثم هكذا يقدم الأقرب فالأقرب درجة في الجهة كيف كان عند اتحاد الجهة، وإلا فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة كابن ابن الأخ وإن سفل يقدم على العم، (ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن)؛ لأنه أقرب منه في الدرجة، وتقدم الجدة من الجهتين على الجدة من جهة، كما جزم به البغوي والخوارزمي في الوقف وإن استويا في الإرث؛ لأن المأخذ ثم اسم الجدة، وهنا معنى الأقربية، ومقتضى كلام أصل الروضة التسوية بين البابين»[2].

❊ ❊ ❊

---

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٠١، كشاف القناع ٤/ ٣٦٣.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٨٠.

المطلب الثالث
إذا قال: هذا وصية لأقرب قرابتي

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الأقرب، أو أحق الأقارب:

في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المراد به أقرب عصبة الموصي.

وإليه ذهب المالكية، والحنابلة في رواية[١].

وحجته: أن العصبة هم المقدمون في ولاية المال، فكذا استحقاقه.

القول الثاني: أن المقصود بالقرابة قرابة الرحم، فيقدم ابن البنت على ابن العم.

وهذا أصح الوجهين عند الشافعية[٢].

وحجته: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[٣]، ولأن المقصود صلة الرحم[٤].

ونوقش: أن العصبة مقدمون على ذوي الأرحام، وصرف الوقف لهم من صلة الرحم.

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٢٩، جواهر الإكليل ٢/ ٢٠٧، الإنصاف ٧/ ٣٠، المبدع ٥/ ٣٢٦.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.

(٣) من آية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.

القول الثالث: أن المقصود بالقرابة من يستحق الإرث.

وهذا هو الوجه الآخر عند الشافعية، ورواية عن أحمد هي المذهب[(١)]، لكن الحنابلة قالوا: يصرف للورثة نسباً، فقيدوه بالنسب، وبذلك يخرج من عداهم كالزوج، والزوجة، والمعتق والمعتقة.

وحجته: أن الورثة هم المقدمون في استحقاق المال بالميراث، فكذا الوصية.

والأقرب: هو القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الثانية: هل يختص به فقراء الأقارب أم يشاركهم الأغنياء؟:

في ذلك قولان:

القول الأول: يختص به الفقراء.

وإليه ذهب المالكية، وهو أظهر القولين عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة[(٢)].

وحجته: أن الوقف مصرفه عادة الفقراء.

القول الثاني: أنهم يشتركون.

وهو القول الآخر عند الشافعية، والوجه الآخر عند الحنابلة[(٣)].

وحجته: عموم لفظه.

والأقرب: الرجوع إلى العرف والقرائن، فإن لم يكن فالقول الأول أقرب؛ إذ الوقف صدقة، والصدقة مصرفها الفقراء.



---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦، الإنصاف ٧/ ٢٩ - ٣٠.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٢٩، حاشية الدسوقي ٤/ ٨٥، المهذب ١/ ٤٤٩، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦، الإنصاف ٧/ ٣١ - ٣٢، المبدع ٥/ ٣٢٦.

(٣) المراجع السابقة.

المبحث الحادي عشر
الوصية للذرية، والعقب، والنسل

فقد سبق بحث هذه المسائل في كتاب أحكام الوقف؛ ومن يدخل ومن لا يدخل تحت هذه الألفاظ.



المبحث الثاني عشر
إذا أوصى لآله، أو لقومه، أو لنسبائه، أو لأهله، أو لرحمه، أو للعزاب، أو للشيوخ، أو للأرامل، أو للأيامى، أو للشباب، أو للصغار، أو للذراري، أو للغلمان، أو للحفيد، أو للسبط، أو لليتامى، أو للعلماء، أو للأبكار، أو للثيب، أو لأهل الزكاة

فقد سبق بحث هذه المسائل في كتاب أحكام الوقف؛ إذ إن العلماء يجعلون حكم الوصية حكم الوقف في هذه المسائل ونحوها.



المبحث الثالث عشر
مصرف الوصية للجار

اختلف العلماء في حد الجار الذي تصرف له الوصية على أقوال:

القول الأول: أن حد الجوار أربعون داراً من كل جانب.

وهو الصحيح عند الشافعية[١]، والمنصوص عليه في مذهب الحنابلة وعليه أكثر الأصحاب[٢]، وقال به الحسن[٣]، والزهري، والأوزاعي[٤].

القول الثاني: الجار الملاصق فقط.

قال به أبو حنيفة، وزفر[٥]، وبه قال المالكية، إلا أنهم زادوا في حد الجوار فقالوا:

ما واجه الدار فهو جار أيضاً[٦]، وهو قول الشافعية كما قال النووي[٧].

---

(١) المهذب للشيرازي ١/ ٤٥٥، حلية العلماء ٦/ ٩٥، روضة الطالبين ٦/ ١٦٨، مغني المحتاج ٣/ ٥٨ ـ ٥٩.

(٢) المغني ٨/ ٥٣٦ ـ ٥٣٧، المحرر ١/ ٣٨٢، الإنصاف ٧/ ٢٤٢، كشاف القناع ٤/ ٣٦٣.

(٣) انظر: الأدب المفرد للبخاري ص٥٣.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٩/ ١٠١، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٨٥، تفسير فتح القدير ١/ ٤٦٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، الهداية شرح بداية المبتدي، مع تكملة فتح القدير والمسماة (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) ١٠/ ٤٧٤، ٤٧٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٤٣، حاشية الدر المختار ٦/ ٦٨٢.

(٦) انظر: التاج والإكليل ٦/ ٣٧٤.

(٧) انظر: روضة الطالبين ٦/ ١٦٨.

القول الثالث: الجار: هو الملاصق وغيره ممن يجمعهم المسجد إذا كانوا أهل محلة واحدة.

وبه قال القاضي أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[١]، وهو قول عند المالكية[٢].

وقد فصل في هذا القول: فقيل بأنه من يسمع النداء[٣].

وقيل[٤]: إن من يسمع الإقامة فهو جار لذلك المسجد[٥].

وقيل: من صلى معك صلاة الصبح فهو جار[٦].

القول الرابع: أن من ساكن غيره في محلة أو مدينة فهو جار[٧].

القول الخامس: أن جيران الإنسان قبيلته، وقيل الأفخاذ[٨].

القول السادس: أن الجار هو من ليس بينك وبينه درب[٩] يغلق، وقيل:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، الهداية ١٠/ ٤٧٤، ٤٧٥، شرح العناية على الهداية ١٠/ ٤٧٥.

(٢) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٩/ ٣٩٤.

(٣) انظر: المصنف لعبد الرزاق ١/ ٤٩٨، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٨٥، المغني ٨/ ٥٣٧، فتح الباري ١٠/ ٤٤٧.

(٤) ذكره ابن قدامة عن سعيد بن عمرو بن جعدة، انظر: المغني ٨/ ٥٣٧.

(٥) انظر: المعيار المعرب ٩/ ٣٩٤، المغني ٨/ ٥٣٧، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٨٥، تفسير فتح القدير ١/ ٤٦٤.

(٦) انظر: فتح الباري ١٠/ ٤٤٧.

(٧) الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٨٥، المحلى لابن حزم ٩/ ١٠٠، ١٠١، مغني المحتاج ٣/ ٥٩، شرح منح الجليل ٤/ ٦٥٩.

(٨) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٥٩، المغني ٨/ ٥٣٧، والأفخاذ: جمع فخذ، انظر: القاموس المحيط ٣/ ٤٥٥.

(٩) هو الطريق.

الجيران هم أهل الزقاق[١] غير النافذ[٢].

القول السابع: الجار: الدار والداران[٣]، وهو مروي عن قتادة.

ولم أر للأقوال الثلاثة الأخيرة دليلاً فيما اطلعت عليه.

القول الثامن: الجار هو من قاربت داره دار جاره، ويرجع في ذلك إلى العرف، وهو اختيار ابن قدامة من الحنابلة، وصوبه في (الإنصاف)[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول: (أربعون داراً):

(٢٢٩) ١ ـ ما رواه أبو يعلى من طريق عبد السلام بن أبي الجنوب، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «**حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا، يميناً وشمالاً، وقداماً وخلفاً**»[٥].

---

(١) الزقاق: السكة، انظر لسان العرب مادة (زقق) ١٠/ ١٤٣، ١٤٤.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٥٩.

(٣) انظر: حلية العلماء ٦/ ٩٦، المغني ٨/ ٥٣٧.

(٤) انظر: المغني ٨/ ٥٣٧، الإنصاف ٧/ ٢٤٣، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ٥/ ٢٩.

(٥) مسند أبي يعلى (٥٩٨٢)، وابن حبان في الضعفاء، قال الهيثمي (٨/ ١٦٨): «فيه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف».

وفي المقاصد الحسنة ١/ ٢٧٧: «وهو عند الديلمي في مسنده من الوجه الذي أخرجاه، لكن بلفظ: (الجار ستون ذراعاً عن يمينه، وستون عن يساره، وستون خلفه، وستون قدامه) وسنده ضعيف».

وأخرجه أبو داود في المراسيل (١/ ٢٥٧، رقم ٣٥٠). قال المناوي (١/ ٤٧٣): «قال الزركشي: سنده صحيح، وقال ابن حجر: رجاله ثقات».

وأخرجه البيهقي في السنن ٦/ ٢٧٦ من طريق عمر بن الخطاب العنبري، حدثنا عمر بن الخطاب العنبري، ثنا عبد الله بن مفضل بن داخرة، ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي قال: حدثتنا دلال بنت أبي المدل قالت: حدثتنا الصهباء، عن عائشة ﵂ قالت: =

وجه الاستدلال: أنه هذا الحديث نص على أن حد الجوار أربعون داراً من كل جانب، والنص لا يجوز العدول عنه[١].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث لو صح لكان فيصلاً في المسألة، ولما دام كذلك فيسقط به الاستدلال.

(٢٣٠) ٢ ـ ما رواه الطبراني في الكبير من طريق يوسف بن السفر، عن الأوزاعي، عن يونس بن يزيد، عن الزهري، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن أبيه قال: «**أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إني نزلت في محلة بني فلان، وإن أشدهم لي أذى أقدمهم لي جواراً، فبعث رسول الله ﷺ أبا بكر وعمر وعلياً يأتون المسجد فيقومون على بابه، فيصيحون ألا إن أربعين داراً جار، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه**»[٢][٣].

وجه الاستدلال: أن الحديث نص على أن الجيرة أربعون داراً.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: هذا الحديث كالحديث السابق لا تنهض به حجة لضعفه.

= يا رسول الله، ما أحق، أو قالت: ما حد الجوار؟ قال: «أربعون داراً». قال البيهقي: «وكلاهما ضعيف، والمعروف المرسل الذي أخرجه أبو داود».

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٨.

(٢) انظر: غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ١/٣٤٨.

(٣) المعجم الكبير (١٩/٧٣، رقم ١٤٣).
وفي ميزان الاعتدال (٩٨٧١): «يوسف بن السفر، أبو الفيض الدمشقي، كاتب الأوزاعي، عن الأوزاعي، ومالك، وعنه بقية مع تقدمه، وهشام بن عمار، ومحمد ابن مصفى، وجماعة.
قال النسائي: ليس بثقة، وقال الدارقطني: متروك يكذب، وقال ابن عدي: روى بواطيل، وقال البيهقي: «هو في عداد من يضع الحديث، وقال أبو زرعة، وغيره: متروك».

واستدلوا على القول الثاني بما يلي:

(٢٣١) ١ ـ ما رواه البخاري من طريق عمرو بن الشَّريد، عن أبي رافع رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الجار أحق بسقبه**»[١].

وجه الاستدلال بهذا الحديث: أنه قد جاء لبيان حق الشفعة، وهي لا تثبت لأحد من الجيران إلا للملاصق، فدل على أنه هو المقصود بالجار.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنه قد ورد تفسير (الجار) هنا بالشريك[٢]، وبالتالي فلا يختص الجار في هذا الحديث بالملاصق.

٢ ـ أن انصراف الجار إلى الملاصق فقط هو مقتضى القياس، فتحمل عليه النصوص الواردة في الموضوع، فإن الجار من المجورة وهي الملاصقة حقيقة، والاتصال بين الملكين بلا حائل بينهما، فأما مع الحائل فلا يكون مجاوراً حقيقة، ولهذا ثبتت الشفعة للجار الملاصق دون غيره؛ لأنه ليس بجار حقيقة[٣].

وأجيب: بأن استعمال الجار لغير الملاصق ثابت في النصوص الشرعية[٤]، وبالتالي فلا يختص معنى الجار بالملاصقة.

وأما قولهم عن الشفعة تثبت للجار الملاصق دون غيره، فهذه مسألة خلافية.

٣ ـ أنه يترتب على الجوار حقوق يلزم أداؤها[٥] للجار، ولما كان

---

(١) السقب: القرب، وقيل: الملاصقة. انظر: لسان العرب. مادة صقب ١/ ٥٢٥.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/ ٣٨٣، إعلام الموقعين ٢/ ١٤٩، الإنصاف ٦/ ٢٥٥، المحلى ٩/ ٩١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، الهداية شرح البداية ١٠/ ٤٧٤، ٤٧٥.

(٤) انظر: ص٢٠ ـ ٢٣ من بحث: أحكام الجوار في الفقه الإسلامي.

(٥) مثل الوصية والشفعة وغيرها.

متعذراً صرفها لكل من يطلق عليه اسم الجار لغة، فإن مسمى الجار الشرعي يصرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق[(١)].

وقد أجيب عن هذا الدليل: بأنه لا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع[(٢)] تعذر صرفه إلى بعض الجيران غير الملاصقين كأهل مسجد المحلة الواحدة[(٣)]، فإنهم جيران للمسجد وإن لم يكونوا ملاصقين له.

دليل القول الثالث:

(٢٣٢) ١ ـ ما رواه الدارقطني من طريق سليمان بن داود اليمامي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»**[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، الهداية شرح البداية ١٠/ ٤٧٤، ٤٧٥.

(٢) أي: جميع من يطلق عليه اسم الجار في اللغة.

(٣) انظر: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) ١٠/ ٤٧٥.

(٤) سنن الدارقطني (١/ ٤٢٠)،
وأخرجه الحاكم (١/ ٢٤٦)، والبيهقي (٣/ ٥٧) من طريق سليمان بن داود اليمامي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً، سكت عنه الحاكم! وقال البيهقي: «وهو ضعيف».
وعلته سليمان هذا فإنه ضعيف جداً، قال ابن معين: «ليس بشيء»، وقال البخاري: «منكر الحديث»، قال الذهبي: «قال البخاري: من قلت فيه منكر الحديث، فلا تحل رواية حديثه».
ثم أخرجه الدارقطني من طريق محمد بن سكين الشقري المؤذن، أنبأنا عبد الله بن بكير الغنوي، عن محمد بن سوقة، عن محمد بن المنكدر، عن جابر مرفوعاً، به.
وهذا سند ضعيف من أجل محمد بن سكين، أورده ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٣/ ٢/ ٢٨٣) وساق له هذا الحديث باللفظ الثاني، ثم قال: سمعت أبي يقول: «هو مجهول، والحديث منكر»، وقال الذهبي في الميزان: «لا يعرف وخبره منكر»، ثم ساق له هذا الحديث باللفظ الأول، ثم قال: قال الدارقطني: «هو ضعيف». =

وأجيب: بأنه دلالة فيه على اختصاص جار المسجد بلفظ الجار؛ لأن الحديث إنما ورد في حكم الصلاة[١]، ثم إنه لو سلم بذلك فالحديث ضعيف لا يقوم به الاستدلال.

٢ - أن المقصود من الجوار البر بالجيران، والإحسان إليهم، وهذا ينتظم الجار الملاصق وغيره، ولا يتحقق معنى المجاورة إلا باختلاط الجيران، وذلك لا يتم إلا إذا جمعهم مسجد واحد[٢].

وأجيب: بأننا نسلم لكم أن بر الجيران فيما بينهم من مقاصد الجوار، ولكن المقصود بالجيران الملاصقين لا غير؛ لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة، فكيف ينتظم الملاصق وغيره[٣].

ويمكن أن يؤخذ على هذا القول: أنه أخرج الذمي من مسمى الجار؛ لأن المسجد لا يضمه مع أن النصوص الواردة في الجار جاءت عامة، إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان[٤].

واستدل القول الرابع: بقوله تعالى: ﴿لَّئِن لَّمْ يَنتَهِ الْمُنَافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ وَالْمُرْجِفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا﴾[٥].

= وأخرجه ابن حبان في الضعفاء ٢/ ٩٤ من طريق صالح كاتب الليث: حدثنا عمر بن راشد، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعاً، به.
وقال: قال ابن حبان: «عمر لا يحل ذكره إلا بالقدح»، وتعقبه السيوطي في اللآلئ (٢/ ١٦) بقوله: «قلت: قد وثقه العجلي وغيره، وروى له الترمذي وابن ماجه».

(١) حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٤/ ٥٧.

(٢) انظر: الهداية ١٠/ ٤٧٥.

(٣) شرح العناية على الهداية ١٠/ ٤٧٥.

(٤) شرح العناية على الهداية ١٠/ ٤٧٥.

(٥) آية (٦٠) من سورة الأحزاب.

وجه الاستدلال بهذه الآية: أن الله جعل اجتماعهم في المدينة جواراً[(١)].

وأجيب عن هذا الاستدلال: أن الجوار يترتب عليه بعض الحقوق والآداب الواجبة والمستحبة، وبالتالي فلا ينضبط هذا الأمر إذا قلنا بهذا القول، ولئن أمكن ذلك فيما مضى فلا يمكن الآن وبخاصة مع اتساع العمران.

ويمكن أن يستدل للقول الثامن لهذا القول: بأن الاستدلالات المذكورة في هذه المسألة لا تخلو من ضعف، وبالتالي فلا تنهض للاحتياج، فلم يبق إلا العرف، وقد عهد من أحوال الشريعة الأخذ به في أمثال هذه المسائل.

واعترض الشوكاني - رحمه الله - على هذا القول فقال: «وأما الأعراف في مسمى الجوار فهي تختلف باختلاف أهلها، ولا يصح حمل القرآن على أعراف متعارفة، واصطلاحات متواضعة»[(٢)].

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض: بأن محله فيما ورد فيه نص، فأما ما لا نص فيه، فإن العرف حجة كما قرر ذلك في علم الأصول[(٣)].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن مسمى الجار يرجع فيه إلى العرف؛ إذ ما ورد مطلقاً على لسان الشارع؛ فإنه يرجع إلى العرف في تحديده وضبطه.



---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٨٥.

(٢) فتح القدير ١/ ٤٦٥.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩.

المبحث الرابع عشر
الوصية لله تعالى

جمهور العلماء[١]: أنها صحيحة.

وحجتهم: قول الله ﷻ: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾[٢].

فدلت الآية على جواز صرف المال لله ﷻ.

وتصرف في وجوه البر، ولا تختص بالفقراء والمساكين؛ لأن ما كان لله فمصرفه طرق البر كالغنيمة.

وذهب أبو حنيفة: إلى أنها باطلة.

ولعل حجته: اشتراط الملكية للموصى له.

وذهب محمد بن الحسن: إلى أنها صحيحة، وبقوله يفتى عند الحنفية ويصرف إلى الفقراء[٣].

والأقرب في هذه المسألة: هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لأن الأصل صحة الوصية.



---

(١) ينظر: المعيار المعرب ٩/ ٣٧٩، النوازل الصغرى ٤/ ٤٣٣، روضة الطالبين ٦/ ١٧٦، نهاية المحتاج ٦/ ٤٣، كشاف القناع ٤/ ٣٥٩، الإنصاف ٧/ ٢٣٦.

(٢) من الآية ٤١ من سورة الأنفال.

(٣) المبسوط ٢٧/ ١٨٩، روضة القضاة ٢/ ٦٨٠، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٧.

المبحث الخامس عشر
الوصية في وجوه البر

إذا جعل الوصية في جهة البر كأن يقول: أوصيت بثلث مالي في أبواب البر أو نحو ذلك، فقد اختلف العلماء في صرف هذه الوصية على أقوال:

القول الأول: أنها تصرف في القرب كلها، يبدأ من ذلك بالغزو.

وهذا قول الحنفية، والمذهب عند الحنابلة[١][٢].

وعن الإمام أحمد: أنه يصرف في أربع جهات: الأقارب، والمساكين، والحج، والجهاد، ويبدأ بالغزو.

ولو أوصى بالثلث في وجوه الخير، قال الحنفية: يصح ويصرف إلى القنطرة، أو بناء مسجد، أو طلبة العلم.

ونص الحنفية في فتاوى أبي الليث: أن كل ما ليس فيه تمليك فهو من أعمال البر، حتى يجوز صرفه إلى عمارة المسجد وسراجه، ولا يجوز الصرف إلى بناء السجون.

القول الثاني: أنها تصرف في أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا أعطي أهل الزكاة.

---

(١) الشرح الكبير ٣/ ٥٤٣، الإقناع ٣/ ٦٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٦٧، المبدع ٦/ ٣٩، الإنصاف ٧/ ٢٣٦.

(٢) المغني ٨/ ٥٤٠، المبدع ٦/ ٣٩، الإنصاف ٧/ ٢٣٧.

وهذا مذهب الشافعية[(١)][(٢)].

قال في التهذيب: «يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر وسد الثغور، ودفن الموتى وغيرها».

وعند بعض الشافعية: جواز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر، وسد الثغور، ودفن الموتى.

وعند بعض الشافعية: أنه إذا أوصى إلى جهة الخير، تصرف على مصارف الزكاة ولا يبنى بها مسجد ولا رباط، وإن أوصى إلى جهة الثواب صرف إلى أقاربه.

القول الثالث: أنه يصرف في ذوي الحاجة في سبيل الله.

وهذا قول المالكية[(٣)][(٤)].

وعن مالك جعله في الفقراء.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾[(٥)].

قال السعدي: «هذا حث من الله لعباده على الإنفاق في طرق الخيرات، فقال: ﴿لَن تَنَالُوا۟﴾ أي: تدركوا وتبلغوا البر الذي هو كل خير من أنواع

---

(١) الأم ٤/ ٩٨، الحاوي ٨/ ٢٧٣، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٠، ٦/ ١٧٢، أسنى المطالب ٢/ ٤٦١، ٣/ ٥٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٨١.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٠، العزيز ٦/ ٢٧٠.

(٣) المدونة ٦/ ٤١، الذخيرة ٧/ ٩٧.

(٤) المدونة ٦/ ٤١.

(٥) من الآية ٩٢ من سورة الأنفال.

الطاعات وأنواع المثوبات الموصل لصاحبه إلى الجنة، ﴿حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ أي: من أموالكم النفيسة التي تحبها نفوسكم»[(١)].

وقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾[(٢)]:

قال ابن كثير: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ﴾ أي: الشأن كله في امتثال أوامر الله، فحيثما وجهنا توجهنا، فالطاعة في امتثال أمره، ولو وجهنا في كل يوم مرات إلى جهات متعددة، وهذا شامل لكل طرق الخير[(٣)].

(٢٣٣) ٢ ـ ما رواه سعيد بن منصور قال: حدثنا حماد بن معاوية، عن أبي إسحاق، عن أبي حبيبة قال: كنت عند أبي الدرداء وأنا أريد الغزو فجاءه رجل، فقال: إن أخي مات، وأوصى بطائفة من ماله يتصدق به، وقال: لا تقضي شيئاً حتى تأتي أبا الدرداء، ففي أي شيء ترى أن نجعله؟ قال: ما من شيء يجعل فيه خير من سبيل الله، قال: فلم أقم من ثمة إلا بصرة قال: وسمعت رسول الله ﷺ يقول: «**مثل الذي يعتق عند الموت كمثل الذي يهدي بعد الشبع**»[(٤)].

لكنه ضعيف.

٣ ـ أن الغزو أفضل القرب؛ وذلك لما جاء فيه من الأدلة الكثيرة الدالة على عظم أجره، وكبير فضله[(٥)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الغزو أفضل القرب لا يعني أن يصرف إليه

---

(١) تفسير السعدي ١/١٣٨.

(٢) من الآية ١٧٧ من سورة البقرة.

(٣) تفسير ابن كثير ١/٢٣٧.

(٤) سنن سعيد بن منصور (٢٣٣٠).

(٥) كشاف القناع ٤/٣٥٩.

دون غيره؛ إذ قد يكون قصد الموصي شمول أبواب كثيرة من النفقات والتبرعات، ولو صرف الكل للأفضل لتعطل المفضول.

دليل القول الثاني:

١ ـ أن النبي ﷺ أشار على أبي طلحة رضي الله عنه أن يجعلها في الأقربين[(١)]، فدل ذلك على عظم حقهم، وأنهم أولى من غيرهم، ولذا جاء عن بعض التابعين نحو من ذلك، فعن الحسن أنه قال: «من أوصى بثلثه، وله ذو قرابة محتاجون أعطوا ثلث الثلث»[(٢)]، بل جاء عن طاووس أنه لو أوصى لغيرهم وهم محتاجون انتزع لهم[(٣)].

يمكن مناقشة استدلالهم بالحديث: بأن جعلها في الأقربين بناء على إذن أبي طلحة، ففيه موافقة الموصي على جعلها فيهم.

وأما ما ورد عن التابعين، فلا تعدو أن تكون آراء لهم لا يستدل بها بل يستدل لها، وقول أصحاب رسول الله ﷺ أولى بالأخذ منها.

٢ ـ أن جعلها بعد القرابة في أهل الزكاة من وجوه:

الأول: أن باب الوصية والزكاة فيه تقارب من جهة صلة الموصى له، ومن تصرف له الزكاة.

الثاني: أنه أوصى بوصية لم يحددها في جهة معينة، فكان التعيين للشارع، وقد جعل مثلها في الأصناف الثمانية في باب الزكاة.

الثالث: أن أهل الزكاة جهات متعددة ومتنوعة، يمكن القول بأنها تفي بمقصود الموصي، كما أنها أصول أبواب البر العامة.

ويمكن أن يناقش استدلالهم بجعلها في أهل الزكاة: بأن الزكاة تفارق

---

(١) تقدم تخريجه برقم (٨).

(٢) مصنف عبد الرزاق ٩/ ٨٢.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٩/ ٨٢.

الوصية في أشياء كثيرة، فالوصية تصرف للأغنياء بخلاف الزكاة، كما أن الوصية تصلح بها الطرق، وتبنى بها المساجد، والمدارس بخلاف الزكاة، فلم يصلح القياس.

كما أنه لا يمكن القول بأن أهل الزكاة تشمل أبواب البر أو جماعها؛ إذ أن أبواباً كثيرة من البر تدخل في عموم الصدقة والوصية والوقف، ولا تصرف فيها الزكاة كإصلاح القناطر وسد الثغور وغيرها.

دليل القول الثالث: أنه أوصى بوصية مطلقة تعم أبواباً كثيرة، فكان البداءة بالأهم، وليس ثم أبدى وأولى من ذوي الحاجة، ومن هم في سبيل الله.

الراجح:

يترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة لدليله.

وجاء في الدرر السنية: وسئل الشيخ عبد الرحمن بن حسن: عمن أوصى بثلث ماله على أعمال بر وذرية ضعفاء؟

فأجاب: إن كانت الوصية على أعمال البر، جاز أن يدفع إليهم من الوصية ما يستعينون به في حاجاتهم، وإن كانت الوصية لأناس معينين أعطوا ما وصى به، فإن كانت على حجج غير حجة الإسلام، فتصرف على المحتاج من ذريته، وكذلك ما كان على الأضحية صرف على فقراء ذريته؛ لأن الصدقة عليهم أفضل إذا احتاجوا لها، فلا بد من تنفيذ الوصية ابتداء، ثم يكون النظر للمتولي عليها[1].



---

(١) الدرر السنية في الأجوبة النجدية (٧/ ١١٩).

المبحث السادس عشر
الوصية في سبيل الله

إذا قال: هذه الوصية تصرف في سبيل الله:

اتفق الفقهاء: على أن الغزاة ممن يشملهم مصرف سبيل الله.

واختلفوا فيما عدا ذلك على أقوال عدة:

القول الأول: المراد بالمصرف في سبيل الله هو الغزو، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[١]، ومذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤]، رجحها ابن قدامة[٥].

القول الثاني: المراد بمصرف سبيل الله هو الغزو والحج والعمرة.

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[٦]، ومذهب الحنابلة[٧].

القول الثالث: المراد بمصرف سبيل الله جميع القرب والطاعات، وهو منسوب لبعض الفقهاء، وقال به بعض المعاصرين[٨].

---

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٧٣، رد المحتار ٣/ ٢٦٠، وخصه بالفقراء من الغزاة.

(٢) الإشراف ١/ ٤٢٢، الذخيرة ٣/ ١٤٨.

(٣) البيان ٣/ ٤٢٦، روضة الطالبين ٢/ ٣٢١.

(٤) الفروع ٢/ ٦١٢، كشاف القناع ٢/ ١٠٧.

(٥) المغني ٩/ ٣٢٦.

(٦) المصادر السابقة للحنفية.

(٧) المصادر السابقة.

(٨) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ٣/ ٢١١.

القول الرابع: المراد بذلك المصالح العامة.

وهو قول بعض المعاصرين[١].

القول الخامس: المراد بذلك الجهاد بمعناه العام (جهاد اليد والمال واللسان) فيشمل ذلك القتال في سبيل الله، والدعوة إلى الله، وهو ما صدر به قرار مجمع الفقهي الإسلامي، والندوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾[٣].

أن المراد من سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو، وأكثر ما جاء في القرآن هو من ذلك[٤].

ونوقش: بعدم التسليم؛ فالواجب عند عدم النقل الشرعي الأخذ بالمعنى اللغوي، وهو يدل على العموم.

(٢٣٤) ٢ ـ ما رواه أبو داود: حدثنا الحسن بن علي، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لعامل عليها، أو رجل اشتراها بماله، أو غارم، أو غاز في سبيل الله، أو مسكين تصدق عليه بها فأهدى منها لغني**»[٥].

(الصواب مرسل، قاله الدارقطني وغيره).

---

(١) تفسير المنار١٠/ ٥٤٠.

(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ٣/ ٢١٠، فتاوى وتوصيات ندوة قضايا الزكاة المعاصرة ٢٥.

(٣) من آية ٦٠ من سورة التوبة.

(٤) المجموع ٦/ ٢.

(٥) سنن أبي داود في الزكاة: باب من يجوز له أخذ الصدقة (١٦٣٦).

=

. . . .

= وهو في مصنف عبد الرزاق (٧١٥١).
وأخرجه الإمام أحمد (٣/ ٥٦)،
وابن ماجه في الزكاة: باب من سأل عن ظهر غنى (١٨٤١) عن محمد بن يحيى،
وابن خزيمة (٢٣٤٧)، والدارقطني في السنن (٢/ ١٢١)، وفي العلل (٣/ ٢٣٤) (٢٣٧٤) من طريق محمد بن سهل بن عسكر،
والبيهقي في السنن (٧/ ١٥) من طريق أبي الأزهر،
خمستهم (أحمد، وابن يحيى، وابن سهل، وأبو الأزهر) حدثنا عبد الرزاق به.
ابن عسكر عند الدارقطني، وأبو الأزهر قرنا الثوري مع معمر عن زيد به.
وذكر الدارقطني في العلل الاختلاف عن عبد الرزاق في ذلك، وقال عن عبد الرزاق عن معمر وحده هو الصحيح.
وأخرجه عبد الرزاق (٧١٥٢) عن الثوري، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ مثله.
وأخرجه الإمام مالك في الموطأ (٢/ ٢٦٨) ومن طريقه أبو داود (١٦٣٥)، والحاكم (١/ ٤٠٨)، والبيهقي في السنن (٧/ ١٥)، والبغوي في شرح السنة (١٦٠٤).
وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٥/ ٩٦) من طريق ابن عيينة،
وابن أبي شيبة (٣/ ٢١٠) من طريق سفيان الثوري،
ثلاثتهم (مالك، وابن عيينة، والثوري) عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار مرسلاً.
رواية سفيان الثوري «ابن السبيل» بدل «الغارم».
وقد روى الثوري عن زيد عن الثبت دون أن يسمى عطاء، وعلق أبو داود عقب حديث (١٦٣٦).

رواية الثوري عن زيد، قال: حدثني الثبت عن النبي ﷺ.
وقد وصله الدارقطني في العلل من طريق عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان قال: حدثني الثبت أن رسول الله ﷺ قال، فذكر الحديث، وقال الدارقطني: «وهو الصحيح» يعني أنه لم يسم رجلاً.
وقد أعل ابن أبي حاتم في العلل (٦٤٢) رواية عبد الرزاق الموصولة، وقال عن أبيه وأبي زرعة: رواه الثوري عن زيد بن أسلم، قال: حدثني الثبت قال النبي ﷺ: وهو الأشبه، ونقل أيضاً عن أبي زرعة مثله. =

وجه الدلالة: أنه ذكر منهم الغازي، وليس في الأصناف الثمانية من يعطى باسم الغزاة إلا الذين نعطيهم من سهم سبيل الله تعالى[(١)].

ونوقش: بأن غاية ما يدل عليه أن المجاهد يعطى من سهم سبيل الله ولو كان غنياً، وسبل الله كثيرة لا تنحصر في الجهاد في سبيل الله.

أدلة القول الثاني:

(٢٣٥) ١ ـ ما رواه الإمام أحمد من طريق إبراهيم بن مهاجر، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال: أخبرني رسول مروان الذي أرسل إلى أم معقل قال: قالت: جاء أبو معقل مع النبي ﷺ حاجّاً، فلما قدم أبو معقل قال: قالت أم معقل: إنك قد علمت أن علي حجة وأن عندك بكراً فأعطني فلأحج عليه، قال: فقال لها: إنك قد علمت أني قد جعلته في سبيل الله، قالت: فأعطني صرام نخلك، قال: قد علمت أنه قوت أهلي، قالت: فإني مكلمة النبي ﷺ وذاكرته له، قال: فانطلقا يمشيان حتى دخلا عليه، قال: فقالت له: يا رسول الله، إن علي حجة وإن لأبي معقل بكراً، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله، قال: «أعطها فلتحج عليه، فإنه في سبيل الله»، قال: فلما أعطاها البكر قالت: يا رسول الله، إني امرأة قد كبرت وسقمت، فهل من عمل يجزئ عني عن حجتي؟ قال: فقال: «عمرة في رمضان تجزئ لحجتك»[(٢)].

= **الحكم على الحديث**: الحديث اختلف في وصله وإرساله وصحح الموصول ابن خزيمة، والحاكم، والبيهقي، وابن عبد البر، والذهبي، ورجح المرسل الدارقطني وأبو حاتم، وفي العلل لابن أبي حاتم (٦٤٢): «وقد رواه ابن عيينة، عن زيد، عن عطاء، عن النبي ﷺ مرسل، قال أبي: والثوري أحفظ».

(١) الشرح الكبير ٧/ ٢٥٠.

(٢) مسند أحمد (٢٧١٠٧).

وإسناده ضعيف؛ لضعف إبراهيم بن المهاجر، وقد اضطرب فيه، ولإبهام رسول مروان=

ونوقش:

أولاً: بضعف الحديث.

ثانياً: أن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين، محتاج إليها كالفقراء

= الراوي عن أم معقل.

ثم إن أصل الحديث أبو بكر بن عبد الرحمن قد روي على وجوه أخرى، وفيه اضطراب، وليس في عامة طرقه لفظ الشاهد (فلتحج عليه فإنه في سبيل الله).

وأخرجه الدارمي (١٨٦٠)، وأبو داود (١٩٨٩)، وابن خزيمة (٢٣٧٦)، وابن عبد البر في التمهيد ٢٢/ ٥٨ من طريق محمد بن إسحاق، عيسى بن معقل عن أبي معقل الأسدي، عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن جدته أم معقل قالت: فذكره، وفيه: «فإن الحج في سبيل الله»، وهو ضعيف؛ محمد بن إسحاق لم يصرح بسماعه من عيسى بن معقل، وعيسى مجهول الحال، روى عنه اثنان فقط، ولم يوثقه غير ابن حبان (الثقات) ٥/ ٢١٤.

وله شاهد من حديث ابن عباس، وفيه: «أما إنك لو أحججتها عليه كان في سبيل الله».

أخرجه أبو داود (١٩٩٠)، والطبراني في الكبير (١٢٩١١)، والحاكم ١/ ٤٨٠ من طريق عامر الأحول، عن بكر بن عبد الله المزني، عن ابن عباس رضي الله عنهما به.

قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

وهو ضعيف؛ لتفرد عامر الأحول، وهو صدوق يخطئ.

ومن حديث أبي طليق أخرجه البزار (١١٥١)، والدولابي في الكنى ١/ ٤١، والطبراني في الكبير ٢٢/ ٨١٦ من طريق المختار بن فلفل، عن طلق بن حبيب، عن أبي طليق أن امرأته... فذكر الحديث، وهو بنحوه حديث أم معقل، وذكره الحافظ في الإصابة في ترجمة أبي طليق، وقال: «سنده جيد»، وذكر ابن عبد البر في الاستيعاب أن أم معقل هي أم طليق، فتعقبه الحافظ في الفتح ٣/ ٦٠٤ بقوله: فيه نظر؛ لأن أبا معقل مات في عهد النبي ﷺ، وأبا طليق عاش حتى سمع منه طلق بن حبيب، وهو من صغار التابعين.

وروى البخاري (٩٠٧) من طريق يزيد بن أبي مريم الأنصاري قال: حدثنا عباية بن رفاعة قال: أدركني أبو عبس، وأنا أذهب إلى الجمعة فقال: سمعت النبي ﷺ يقول: «من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار».

والمساكين، وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم، أو من يحتاج إليه، كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين، والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه[1].

ولا حاجة به إلى الزكاة؛ لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه، وتكليفه مشقة قد رفعها الله عنه، وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الأصناف، أو دفعه في سائر المسلمين أولى[2].

(٢٣٥) ٢ ـ ما رواه علي بن الجعد: ثنا شعبة، عن أنس بن سيرين قال: أوصى إلى رجل بماله أن اجعله في سبيل الله، فسألت ابن عمر، فقال: إن الحج من سبيل الله فاجعله فيه[3].

٣ ـ ورود بعض الآثار الدالة على أن الحج من سبيل الله، كما ورد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما.

ونوقش: بأن أثر ابن عباس لا يصح، وأما آثار ابن عمر، فإن سبيل الله الوارد في الآية يفسر بالجهاد؛ لأنه الغالب عند الإطلاق.

دليل القول الثالث:

أن اللفظ عام، فلا يجوز قصره على بعض أفراده إلا بدليل.

ونوقش: بأن هذا غير مسلم؛ فهذا العموم مقيد بظاهر الاستعمال، كما أنه يلزم منه أن يكون كل مصل وصائم، ومتصدق مستحقاً للزكاة، ولم يقل بهذا أحد.

---

(١) المغني ٩/ ٣٢٩.

(٢) المغني ٩/ ٣٢٩.

(٣) مسند ابن الجعد (١١٥١).

ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٧٥.

أدلة القول الرابع:

(٢٣٦) ١ ـ ما رواه البخاري من طريق أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل، عن سهل بن أبي حثمة أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر، من جهد أصابهم، فأخبر محيصة أن عبد الله قتل وطرح في فقير أو عين، فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله . . . فقال رسول الله ﷺ: «إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب»، فكتب رسول الله ﷺ إليهم به، فكتب ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن: «أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم؟»، قالوا: لا، قال: «أفتحلف لكم يهود؟»، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله ﷺ من عنده مئة ناقة حتى أدخلت الدار، قال سهل: فركضتني منها ناقة»، وفي لفظ مسلم: «فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه فوداه مئة من إبل الصدقة»[١].

وجه الدلالة: أنه إذا جاز دفع الزكاة في دية قتيل دفعاً للنزاع، أي: من أجل المحافظة على الأمن، فمن باب أولى جواز صرفها للمحافظة على أمن الناس وحياتهم في الدولة الإسلامية، ورعاية مصالحهم العامة.

ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: بأن الحديث جاء بلفظ آخر عند البخاري: وفيه: **«أنه وداه من عنده»**، وقد جمع بين الروايتين بأن الرسول ﷺ اشترى تلك الإبل من أهل الصدقة بعد أن ملكوها، ثم دفعها لأهل القتيل.

الثاني: على التسليم بأنه وداه من أموال الزكاة، فليس ذلك من المصالح العامة.

الثالث: أن المقصود من إعطاء الدية ليس دفع النزاع فقط، بل هو جزء

---

(١) صحيح البخاري في الجزية: باب الموادعة . . . (٣٠٠٢)، ومسلم في القسامة: باب في القسامة (٤٤٣٥).

من العلة، فإصلاح ذات البين، وتطييب نفوس أولياء المقتول من المقاصد الشرعية لإعطاء الدية، ثم إن علة المحافظة على أمن الناس لا يتحقق في كل المصالح العامة[1].

٢ ـ أنه لا يعرف لكلمة سبيل الله في القرآن معنى غير البر العام.

ونوقش: بأن هذا غير مسلم، فقد جاءت لمعان متعددة، وقد كان الجهاد هو أكثر ما وردت فيه.

أدلة القول الخامس:

١ ـ أن إرادة المعنى الخاص، وهو الجهاد وما في معناه هو الظاهر من أسلوب الحصر، فالتعميم يشمل جهات كثيرة، وهذا ينافي أسلوب الحصر.

(٢٣٧) ٢ ـ ما رواه أحمد من طريق حماد، عن حميد، عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**جاهدوا المشركين بأموالكم وأنفسكم وألسنتكم**»[2].

وهذا يدل على أن الجهاد لا ينحصر بالسيف والسنان، بل يشمل العلم والبيان.

---

(١) أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ٢/ ٧٩١.

(٢) مسند أحمد (١٢٢٤٦)،
وأخرجه الضياء في المختارة (١٩٠٥) من طريق عبد الله بن أحمد، عن أبيه، به.
وأخرجه النسائي ٦/ ٧، والضياء (١٩٠٢) من طريق يزيد بن هارون، به.
وأخرجه الدارمي (٢٤٣١) من طريق عمرو بن عاصم،
وأبو داود (٢٥٠٤)، والحاكم ٢/ ٨١، والبيهقي ٩/ ٣٠ من طريق موسى بن إسماعيل،
وأبو يعلى، وعنه ابن حبان (٤٧٠٨) من طريق عفان،
وابن عدي ٣/ ٩١٦ من طريق أبي عمر الضرير،
كلهم «يزيد، عمرو بن عاصم، وموسى بن إسماعيل، وعفان، وأبو عمر الضرير» عن حماد به.

الحكم على الحديث:

إسناده صحيح، صححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

٣ ـ أن الدعوة إلى الله يراد بها نصرة دين الله، وإعلاء كلمته.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن يقال: إن مصارف الوصية أوسع من مصارف الزكاة؛ إذ الحصر إنما ورد في مصارف الزكاة، وعلى هذا فيشمل قوله في سبيل الله كل ما يقرب إلى الله ﷻ من أعمال البر، ويدخل في ذلك دخولاً أولياً الجهاد في سبيل الله بالسيف والسنان والعلم والبيان.

فرع:

مقدار الغنى المانع من أخذ الزكاة:

اختلف العلماء ـ رحمهم الله تعالى ـ في مقدار الغنى المانع من أخذ الزكاة:

القول الأول: أن الغنى المانع من أخذ الزكاة هو ما تحصل به الكفاية، فإن لم يجد ذلك جاز أخذ الزكاة ولو ملك نصاباً.

وهو مذهب المالكية، والشافعية، وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أن من ملك نصاباً زكوياً حرم عليه أخذ الزكاة.

وبه قال الحنفية، وهو قول للمالكية.

القول الثالث: أنه من ملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب.

وهو المذهب عند الحنابلة[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ حديث قبيصة بن مخارق رضي الله عنه: «وقد جاء النبي ﷺ في حمالة

---

(١) المصادر السابقة.

تحملها: «أقم عندنا يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها»[١].

وجه الدلالة أن النبي ﷺ أباح المسألة إلى وجود السداد، ومعناه الكفاية، فمن وجد كفايته لم تحل له الزكاة.

ونوقش: بأن الحديث لم يتعرض للحد المانع من أخذ الزكاة، وإنما ذكر حد تحريم المسألة، وقد تحرم مسألة ولا يحرم أخذ الصدقة إذا جاءته من غير المسألة.

وأجيب: بأن تحريم المسألة إنما يكون لوجود الغنى من السائل.

٢ ـ أن الحاجة هي الفقر، والغنى ضدها، فمن كان محتاجاً فهو فقير، ملك نصاباً أو لا.

دليل القول الثاني:

(٢٣٧) ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي معبد، عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: «**ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم**»[٢].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ قسم الناس إلى قسمين الأغنياء والفقراء، فجعل الأغنياء يأخذ منهم والفقراء يرد عليهم، وكل من لم يؤخذ منه يكون مردوداً عليه، فيعطى من الزكاة.

دليل القول الثالث:

(٢٣٨) ما رواه أحمد: حدثنا وكيع، حدثنا سفيان، عن حكيم بن جبير،

---

(١) سبق تخريجه برقم (٢٢٤).

(٢) صحيح البخاري ـ كتاب الزكاة: باب وجوب الزكاة (١٣٩٥)، ومسلم ـ كتاب الإيمان: باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٣٠).

عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد، عن أبيه، عن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**من سأل وله ما يغنيه، جاءت يوم القيامة خدوشاً، أو كدوشاً في وجهه**»، قالوا: يا رسول الله، وما غناه؟ قال: «**خمسون درهماً، أو حسابها من الذهب**»[1].

---

(١) مسند أحمد (١/ ٣٨٨) (٣٦٧٥) (١/ ٤٤١) (٤٢٠٧).
والدارمي (١٦٤٨) عن أبي عاصم، ومحمد بن يوسف،
وأبو داود (١٦٢٦)، وابن ماجه (١٨٤٠)، والترمذي (٦٥١)، والنسائي (٥/ ٩٧) من طريق يحيى بن آدم،
أربعتهم (وكيع، وأبو عاصم، ومحمد بن يوسف، ويحيى بن آدم) عن سفيان الثوري، به.
وأخرجه الدارمي (١٦٤٧) عن يزيد بن هارون،
والترمذي (٦٥٠) عن قتيبة وعلي بن حجر،
ثلاثتهم (يزيد، وقتيبة، وعلي) عن شريك،
كلاهما: سفيان، وشريك، عن حكيم بن جبير، عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد، عن أبيه، فذكره.
في رواية يحيى بن آدم قال: فقال عبد الله بن عثمان لسفيان: حفظي أن شعبة لا يروي عن حكيم بن جبير، فقال سفيان: فقد حدثناه زبيد، عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد.
قال الترمذي: حديث حسن. وقد تكلم شعبة في حكيم بن جبير من أجل هذا الحديث.
وقال النسائي: لا نعلم أحداً قال هذا الحديث: ـ عن زبيد ـ غير يحيى بن آدم، ولا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم بن جبير، وحكيم ضعيف، وسئل شعبة عن حكيم بن جبير، فقال: «أخاف النار، وقد كان روى عنه قديماً» تحفة الأشراف (٧/ ٩٣٨٧).
قال عباس الدوري (١٦٧١): «سمعت يحيى وسألته عن حديث حكيم بن جبير، حديث ابن مسعود (لا تحل الصدقة لمن كان عنده خمسون درهماً): يرويه أحد غير حكيم؟ فقال يحيى بن معين: نعم يرويه يحيى بن آدم عن سفيان عن زبيد، ولا نعلم أحداً يرويه إلا يحيى بن آدم، وهذا وهم؛ لو كان هذا هكذا لحدَّث به الناس جميعاً =

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أنه ضعيف.

الوجه الثاني: أنه محمول على أن النبي ﷺ قاله في وقت كانت الكفاية فيه خمسين درهماً.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم -؛ لقوة دليله.



= عن سفيانَ، ولكنه حديث منكر - هذا الكلام قاله يحيى أو نحوه».
قال الذهبي في الميزان في ترجمة حكيم بن جُبَيْر: «قال أحمد: ضعيف منكر الحديث. قال البخاري: كان شعبة يتكلم فيه. وقال النسائي: ليس بالقوي. وقال الدارقطني: متروك. وقال معاذ: قلت لشعبة: حدثني بحديث حكيم بن جبير. قال: أخاف النار إن أحدث عنه.
قلت: فهذا يدل على أن شعبة ترك الرواية عنه بعد.
وقال علي: سألت يحيى بن سعيد عنه فقال: وكم روى! إنما روى يسيراً. روى عنه زائدة، وتركه شعبة من أجل حديث الصدقة. وروى عباس، عن يحيى في حديث حكيم ابن جبير حديث ابن مسعود، لا تحل الصدقة لمن عنده خمسون درهماً، فقال: يرويه سفيان عن زبيد، ولا أعلم أحداً يرويه غير يحيى بن آدم. وهذا وهم، لو كان كذا لحدث بين الناس عن سفيان، ولكنه حديث منكر - يعني: وإنما المعروف بروايته حكيم.
وقال الفلاس: كان يحيى يحدث عن حكيم، وكان عبد الرحمن لا يحدث عنه. وعن ابن مهدي قال: إنما روى أحاديث يسيرة، وفيها منكرات. وقال الجوزجاني: حكيم بن جبير كذاب».

المبحث السابع عشر
الوصية التي فوض مصرفها

مثال ذلك: لو قال: أوصيت بثلثي يصرفه فلان حيث شاء، ونحو ذلك:

اتفق الفقهاء على صحة هذه الوصية؛ لأنه لما فوض للوصية الصرف، والوصي لا يدفعها إلا لمعين كان ذلك بمنزلة تعيين الموصى له.

وأما كيفية صرف هذه الوصية، فكما يلي:

أولاً: ليس له أن يخصص بعض ورثة الموصي؛ لأنه نائب عن الموصي، والموصي لو جعلها لوارثه لبطلت.

ثانياً: له أن يصرفها حيث شاء.

قال الشافعية: لو قال: ضع ثلثي حيث رأيت أو فيما أراك الله، فالأولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه، ثم إلى محارمه من الرضاع، ثم إلى جيرانه، وليس له وضعه في نفسه.

وعند الحنابلة: يصح، ويصرف في أي جهة من جهات القرب، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه.

ثالثاً: اختلف العلماء في حكم أخذ الموصى إليه وقرابته من هذه الوصية على أقوال:

القول الأول: أنه ينظر إلى القرائن، فإن دلت على أنه يأذن في أن يأخذ منها وقرابته جاز، وإلا فلا.

وبه قال بعض الحنابلة[١].

وحجته: عدم النص في ذلك، فيرجع إلى ظاهر كلامه.

القول الثاني: أنه إذا قال: ضعها حيث شئت يجوز له إعطاؤها لقرابته، وإذا قال: ضعها حيث أراك الله لم يجز له أن يأخذ منها لنفسه ولا لولده، ولا لقرابته.

وإن أراد أن يفرقه على المساكين، أو في جهة من الوجوه وهو منهم؛ فله الأخذ بتلك الصفة.

وهو قول المالكية[٢].

وحجته: تنزيل هذه الأحوال على قرائن كلامه.

القول الثالث: أنه لا يجوز أن يأخذ لنفسه ولو أذن له، ولا يجوز أن يعطي من لا تجوز شهادته له من قرابته؛ إلا أن ينص له على شيء بعينه يعطيه لهم.

وبه قال الشافعية[٣].

وحجته:

١ ـ أنه لا يجوز أن يأخذ لنفسه؛ لأن إنابته في الدفع تقتضي عدم دخوله.

٢ ـ ليس له أن يعطي من لا تقبل شهادته له؛ للتهمة.

٣ ـ أنه إذا عين شيئاً لهم جاز؛ لانتفاء التهمة.

القول الرابع: الجواز مطلقاً.

---

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/٣٠١.

(٢) التاج والإكليل ٦/٣٨٧، حاشية الرهوني ٨/٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(٣) الأم ٤/١٠١، نهاية المحتاج ٦/١٠٠.

وبه قال بعض الحنابلة[١].

وقيده بعضهم بأخذ أقاربه خاصة إذا كانوا محتاجين.

وحجتهم: دخوله وأقاربه في العموم.

القول الخامس: أنه إن أوصى له أن يضعها حيث أحب جاز له الأخذ لنفسه، وإن قال: أعطها من شئت، فإنه لا يأخذ لنفسه، وإن قال: تصدق بثلثه لم يجز له أن يأخذ لنفسه ولا لولده الذي لا يعقل، بخلاف زوجته وابنه الكبير والصغير الذي يعقل فله أن يدفع لهم.

وبه قال الحنفية[٢].

وحجتهم:

١ ـ أنه إذا فوض له أن يضعها حيث أحب فله أن يأخذ؛ لدخول نفسه فيمن أحب.

٢ ـ أنه إذا قال: أعطها من شئت ليس له أن يأخذ؛ لأن التوكيل في الدفع يقتضي عدم الأخذ.

٣ ـ أنه إذا قال تصدق بثلثه لم يأخذ ولا ولده الذي يعقل؛ لأن التوكيل بالصدقة يقتضي عدم أخذه، ومن لا يعقل من ولده ملحق به في النفقة، ونحو ذلك.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول؛ إذ هو ظاهر لفظ الموصي، فإن لم يكن قرائن جاز له ولقرابته الأخذ كغيرهم لدخولهم في عموم اللفظ، ولعدم منعهم من ذلك.



---

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ٣٠١.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٥ ـ ١٤١.

المبحث الثامن عشر
إذا أوصى بكتب العلم لأهل العلم، فهل يدخل فيهم أهل الكلام؟

علم الكلام هو: علم يُبحث فيه عن ذات الله تعالى وصفاته، وأحوال الممكنات من المبدأ والمعاد على قانون العلم الفلسفي[١].

والكلام ليس من العلم، قال أحمد رحمه الله: «الكلام رديء لا يدعو إلى خير، لا يفلح صاحب كلام، تجنبوا أصحاب الجدل والكلام، وعليكم بالسنن، وما كان عليه أهل العلم، فإنهم كانوا يكرهون الكلام»[٢].

والمتكلمون ليسوا من أهل العلم بإجماع أهل العلم، ولذلك لا يدخلون في هذه الوصية، قال ابن عبد البر رحمه الله: «أجمع الفقهاء أهل الآثار من جميع الأمصار أن أهل الكلام لا يعدون في طبقات العلماء، وإنما العلماء أهل الفقه والأثر....»[٣]، وعلى هذا فلا يدخل المتكلمون في هذه الوصية؛ لأنهم لا يدخلون في أهل العلم ولا طلبته[٤].

ونظير هذا لو أوصى لأصحاب الحديث، فلا يدخل فيه المتفقهون إذا

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني ص٢٣٧.

(٢) كشاف القناع ٤/٣٦٧، الآداب الشرعية لابن مفلح ١/٢٠١، شرح العقيدة الطحاوية ١/٢٣٦، أحكام الكتب ص٣٣٤.

(٣) كشاف القناع ٤/٣٦٧، وانظر: فتح الباري ١٣/٢٥٣.

(٤) البحر الرائق ٨/٥١٨، الفتاوى الهندية ٦/١٢١، مطالب أولي النهى ٤/٤٨٣، الفروع ٤/٦٩٢ - ٦٩٣.

كانوا لا يقرؤون الأحاديث أو يسمعونها؛ لأنهم لا يتناولهم اسم أصحاب الحديث[١].

وكتب الكلام عند الفقهاء ليست من كتب أهل العلم في العرف، ولا يسبق إلى الفهم ذلك، فلا تدخل تحت مطلق الكتب:

جاء عند الحنفية: «لو أن رجلاً أوصى بأن تباع كتبه ما كان خارجاً من العلم، وتُوقف كتب العلم، فكان فيها كتب كلام، فإنها تباع؛ لأنها خارجة من العلم»[٢].

وجاء عند الحنابلة: «لو أوصى إنسان لرجل آخر بكتب العلم، فكان فيها كتب الكلام فلا تدخل في الوصية؛ لأنه ليس من العلم»[٣].



---

(١) البحر الرائق ٨/ ٥١٨، أحكام الكتب ص٣٢٥.

(٢) البحر الرائق ٨/ ٥١٨، الفتاوى الهندية ٦/ ١٢١، كشاف القناع ٤/ ٣٦٧.

(٣) البحر الرائق ٨/ ٥١٨.



الفصل الرابع

تعدد الوصايا، والمحاصة بينها

وفيه مباحث:

المبحث الأول: صحة تعدد الوصايا.

المبحث الثاني: تعدد الوصايا واتحاد الموصى له.

المبحث الثالث: تعدد الوصية والموصى له.

المبحث الرابع: المحاصة.





المبحث الأول
صحة تعدد الوصايا

يصح تعدد الوصايا باتفاق الأئمة[١]:

والدليل على ذلك:

١ ـ قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٢].

وهو نص في صحة الوصايا المتعددة، وهو شامل للإيصاء لهم بوصية واحدة يشتركان فيها جميعاً، والإيصاء لكل واحد منهم بوصية تخصه، فالألف واللام في قوله (الوصية) للجنس الشامل لجميع أنواع الوصايا.

٢ ـ ما رواه ابن إسحاق من وصيته ﷺ للأشعريين، والداريين، والرهاويين بجاد مئة وسق من خيبر[٣].

٣ ـ الإجماع.

فقد أوصى أصحاب رسول الله ﷺ بوصايا متعددة، فأوصى عمر رضي الله عنه لأمهات أولاده بأربعة آلاف درهم لكل واحدة[٤]، وأوصى عبد الرحمن بن

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢١٥، الاختيار لتعيل المختار ٥/ ٧٩، المدونة ٤/ ٣٧٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٤، حاشية العدوي ٨/ ١٧٧، الشرح الكبير ٤/ ٤٣٤، الحاوي ٨/ ٣١٠، الهداية لأبي الخطاب ص٣٤٨، المستوعب ٢/ ٥٢٩.

(٢) من الآية١٨٠ من سورة البقرة.

(٣) سبق تخريجه برقم (٣٨).

(٤) سبق تخريجه برقم (١٧٠).

عوف لأمهات المؤمنين بحديقة بيعت بأربعة آلاف درهم، ولأهل بدر، لكل واحد منهم مئة دينار[١].

ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً منهم على صحة الوصية، بأكثر من وصية، وبه يعلم أن المراد من قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[٢] جنس الوصية الشامل للوصية الواحدة والمتعددة.

قال الشافعي - رَحِمَهُ اللَّهُ -: «ولو أوصى رجل بوصية مطلقة، ثم أوصى بعدها بوصية أخرى أنفذت الوصيتان معاً»[٣].



(١) سبق تخريجه برقم (١٧١).

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) الأم ٤/ ١٢٤.

المبحث الثاني
تعدد الوصايا، واتحاد الموصى له

إذا كان الفقهاء متفقين على جواز تعدد الوصية لموصى له واحد، فإنهم لم يتفقوا هل تعطى له وصيتان، أو الوصايا جميعاً، أو يعطى بعضها، ويلغى البعض الآخر.

وفيه مطالب:

المطلب الأول
في الوصيتين المتناقضتين اللتين لا يمكن الجمع بينهما

اتفق الفقهاء على أن الوصيتين المتناقضتين اللتين لا يمكن الجمع بينهما أنهما لا يعطيان للموصى له؛ لاستحالة الجمع بينهما، كما أنهما لا يلغيان معاً؛ لما يلزم من إلغاء الوصية، ولكن يعمل بالوصية الأخيرة باعتبارها ناسخة للأولى[1]، ولا يعمل بالأولى؛ لأن المتقدم لا ينسخ المتأخر، فمن أوصى بإعطاء داره لفلان، ثم أوصى بعدم إعطائها له أو العكس، فإذا قال: لا تعطوها، ثم قال: أعطوها له، فإنها تعطى له، وإذا قال: أعطوها ثم قال:

---

(١) الذخيرة ٧/ ٦٣.

لا تعطوها له، فإنها لا تعطى له، ويعتبر ذلك رجوعاً[(١)]، وكذلك إذا أوصى بالتصدق ببقرته حية، ثم أوصى بذبحها والتصدق بلحمها، فإن العمل بالوصيتين مستحيل، فتلغى الأولى ويعمل بالثانية، إلا أن تكون إحدى الوصيتين ممنوعة شرعاً، فتبطل الممنوعة، وتصح المشروعة تقدمت أو تأخرت، كمن أوصى باتخاذ داره مسجداً، ثم أوصى باتخاذها كنيسة أو العكس، فتبطل الوصية بجعلها كنيسة، وتصح الوصية بجعلها مسجداً.



المطلب الثاني
في الوصيتين المتحدتين

كأن يوصي له بمعين، ثم يوصي له بنفس ذلك المعين.

مثاله: أوصى له بداره، أو سيارته، ثم أوصى له بنفس ذلك المعين، والثانية هنا محمولة على تأكيد الأولى، فلا يعطى إلا ذلك المعين الموصى به؛ لأن الأمر هنا لا يقبل التكرار والتعدي.

❋ ❋ ❋

(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤، التفريع ٢/ ٣٣٢، المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى ٨/ ٨٦، أسنى المطالب ٣/ ٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٥، المستوعب ٢/ ٥٤٠.

المطلب الثالث
الوصيتان بأمرين مختلفين جنساً، أو نوعاً، أو صفة

مثل: الوصية له بأرض، ثم الوصية له بدار، أو الوصية بقمح جيد، والوصية بقمح رديء، ونحو ذلك من كل أمرين مختلفين جنساً، أو صفة، أو نوعاً.

وقد اختلف العلماء في هذا:

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معاً، إذا حملهما الثلث، أو أجازهما الورثة، وإلا فما حمله الثلث.

وهو قول جمهور أهل العلم[(١)].

القول الثاني: أنه يعطى أعلى الوصيتين.

وهو قول بعض المالكية[(٢)].

الأدلة:

دليل القول الأول:

١ ـ عموم أدلة الوصية[(٣)]، وهذه تشمل الوصية الواحدة والوصيتين.

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤، التفريع ٢/ ٣٣٢، المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى ٨/ ٨٦، أسنى المطالب ٣/ ٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٥، المستوعب ٢/ ٥٤٠، الوصايا والتنزيل ص٥١٠.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) ينظر: الباب الأول.

٢ ـ أن الأصل في الكلام التأسيس، واختلاف الوصيتين يمنع من جعل الثانية تأكيداً للأولى، كما أن إمكان الجمع بينهما يمنع من احتمال نسخ الأولى بالثانية؛ لأنه لا يصار إلى النسخ إلا إذا تعذر الجمع، فلم يبق إلا إعطاؤه الوصيتين معاً.

٣ ـ التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الوصية الأولى، فوجب أن يجمعا له.

ودليل القول الثاني: تداخل الوصيتين.

ونوقش: بعدم التسليم؛ لاختلافهما جنساً ونوعاً.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الآخر.

❊ ❊ ❊

المطلب الرابع
في الوصية بشيئين متحدي الجنس، والصفة، والقدر

مثل: الوصية له بألف درهم، ثم الوصية بألف درهم، ونحو ذلك، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين[1].

تحرير محل النزاع:

إن كانت الوصيتان متماثلتين في الجنس والقدر، وكانت معينتين، كما لو أوصى شخص لآخر بعشرة دراهم معينة، ثم أوصى له بعشرة دراهم أخرى

---

(١) المنتقى ٦/ ١٥١.

معينة، فإن الموصى له يستحق الوصيتين جميعاً؛ لتميز كل منهما عن الأخرى[(١)].

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معاً ويجمع له بينهما.

وهو مذهب المالكية[(٢)].

القول الثاني: أنه يعطى إحدى الوصيتين ولا يجمع له بينهما.

وهو قول الحنفية[(٣)]، والشافعية[(٤)].

الأدلة:

دليل القول الأول: (أنه يعطى الجميع):

١ ـ عموم أدلة الوصية.

٢ ـ أن تكرار الأمر يقتضي تكرار المأمور به.

دليل القول الثاني: (يعطى إحدى الوصيتين):

١ ـ لاحتمال أن تكون الثانية تكراراً، أو تأكيداً[(٥)].

ونوقش هذا الاستدلال: أن التأكيد خلاف الأصل، فلا يحمل عليه الكلام إلا بدليل، بمنزلة الظاهر لا يترك إلا بدليل.

٢ ـ أن الأصل بقاء الأملاك على ملك أصحابها، وعدم انتقالها إلا بدليل لا احتمال معه.

---

(١) المنتقى ٨/ ٨٦، شرح الخرشي ٨/ ١٨٤.

(٢) شرح الخرشي على خليل ٨/ ١٧٤، حاشية العدوي ٨/ ١٧٤، الوصايا والتنزيل ص٥١٠.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٦٢، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤.

(٤) أسنى المطالب ٣/ ٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٥.

(٥) المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى شرح الموطأ ٨/ ٨٦.

ونوقش: بأنه مستمد من قاعدة الاستصحاب، وهو من أضعف الأدلة، وقد عارضه هنا ظاهر الكلام، فيقدم عليه.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الآخر.

❊ ❊ ❊

المطلب الخامس
الوصيتان بأمرين متحدي الجنس، والصفة مختلفي القدر من غير تعيين الموصى به بعينه

مثل: أن يوصي له في إحدى الوصيتين بدار من دوره، وفي الثانية بدارين من دوره، فقد اختلف الفقهاء:

القول الأول: يستحق الوصيتين جميعاً.

وهو رواية عن الإمام مالك، وهو قول الحنابلة[١].

وحجته: أنه لا تناقض بين الوصيتين، واللفظ يقتضيهما[٢].

القول الثاني: أنه يعطى أكثر الوصيتين تقدمت أو تأخرت، ولا يجمع له بينهما.

وهو قول الحنفية، ورواية عن مالك، وهي مذهب المالكية[٣].

جاء في تهذيب المدونة: «ومن أوصى بوصية بعد أخرى، فإن لم تتناقضا

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٣٣، المستوعب ٢/ ٥٤٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٣٣.

(٣) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص٥٢١، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤، المدونة ٤/ ٣٧٤، المعونة ٢/ ٥٢٦.

أنفذتا جميعاً، وإن كانتا من صنف واحد فزادت إحداهما، أنفذت الزائدة فقط، وإذا تناقضتا أخذ بالآخرة وبطلت الأولى، كمن أوصى لرجل بشيء بعينه من صنف، ذكر منه كيلاً، أو وزناً، أو عدداً من طعام، أو عرض، أو عين، أو غيره، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده، أو غنم، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية أو أقل، فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، وإن كان أوصى له آخراً بصنف آخر، فله الوصيتان جميعاً»[(١)].

وحجته:

١ ـ أنه إن تأخر القليل فهو تأكيد لبعض ما تضمنه الأكثر، وإن تأخر الأكثر فالزيادة على الأولى تأسيس.

٢ ـ أن ذكر الخاص بحكم العام لا يخصصه، فإذا أوصى له بمئة ثم أوصى بخمسين، فالخمسون الموصى بها بمنزلة ذكر الخاص بعد العام، فلا يخصصه ويبقى العام على عمومه.

٣ ـ أنه إذا كانت الأخيرة هي الأقل فهو لم يصرح بالرجوع عن الأكثر ولا بزيادة الأقل على الأكثر، فيعطى الأكثر لاندراج الأقل فيه، وإن كانت الأخيرة هي الأكثر فالعادة الزيادة وبطلت الأولى[(٢)]، فالأكثر متيقنة فيعطى إياها.

القول الثالث: أنه إذا تقدم الأكثر فله الوصيتان معاً، وإذا تقدم الأقل فله الأكثر فقط.

وهو قول للمالكية[(٣)].

---

(١) تهذيب المدونة ٢/ ٣٩٧.

(٢) المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى ٨/ ٨٤، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٣٣.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٣٣، إرشاد السالك ص١١٣، حاشية العدوي ٨/ ١٧٥.

وحجته:

١ ـ أن الأقل إذا تأخر لا يصلح لنسخ الأكثر ولا لتخصيصه؛ لعدم معارضته، فيعطى الوصيتين بخلاف الأكثر المتأخر، فإنه شبيه بالعام المتأخر عن الخاص.

٢ ـ **قال الباجي**: «أنه إذا بدأ بالأقل، ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر أنه أراد الزيادة في وصيته وقد أعمل الوصيتين، وإذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر جمعه؛ لأنه بمعنى الزيادة، وفيه إعمال الوصيتين، ولو أعطاه أولاهما؛ لأنها أكثر، لكنا قد ألغينا الأخيرة وهي أحق بالإثبات، والله أعلم وأحكم»[1].

القول الرابع: إن كانت الوصيتان مكتوبتين في كتابين، فله الأكثر منهما، وإلا فله الوصيتان معاً ولو تأخر الأكثر.

وهو قول للمالكية[2].

وعند بعضهم: إن كانتا في كتاب واحد فله الوصيتان معاً، وإن تقدم الأقل فله الأكثر فقط.

ولعل حجته: أنهما إذا كانتا في كتابين نسي إحداهما، وإن كانتا في كتاب واحد فهو ذاكر لهما.

القول الخامس: في العروض يعطى الوصيتين معاً تفاضل ذلك، أو تساوى كانت الوصيتان في كتاب أو كتابين، وفي الموزون والمكيل يعطى أكثر الوصيتين عندهما.

وبه قال مطرف، وابن الماجشون[3].

---

(١) المنتقى ٨/ ٨٥.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

(٣) المنتقى ٦/ ١٥١.

ولعل حجته: عدم التداخل في العروض، وتداخله في المقدرات.

القول السادس: أنه يستحق المتأخر من الوصيتين.

وهو قول للشافعية[(١)].

وحجته: أن المتأخر من الوصيتين هو المتيقن فيؤخذ به[(٢)].

والأقرب: القول الأول؛ لقوة ما عللوا به، ولأن الأصل إعمال الوصيتين، ولأن كونهما مختلفتين قدراً يدل على أن الموصي أراد أن يجمع الوصيتين للموصى له؛ إذ لو أراد الاقتصار على إحداهما لنص على إبطال الأخرى.

❋ ❋ ❋

المطلب السادس
الوصيتان بجزءين شائعين

بأن يوصي له في إحداهما بجزء، ثم يوصي له بجزء، وتشمل صورتين:

الأولى: أن يوصي له في الثانية بمثل الجزء الموصى به في الأولى، كأن يوصي له بثلث ثم يوصي له بثلث، أو يوصي له بربع ثم يوصي له بربع، أو بسدس ثم بسدس، فيعطى الوصيتين معاً إذا حملها الثلث، أو أجازهما الورثة، وإلا فما حمله الثلث قياساً على الوصيتين بعددين متساويين كمئة ومئة.

وهو قول جمهور أهل العلم[(٣)].

---

(١) روض الطالب ٣/ ٦٧، أسنى المطالب ٣/ ٦٧.

(٢) أسنى المطالب ٣/ ٦٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤، الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٥، الفتاوى البزازية ٦/ ٤٣٥، التفريع=

القول الثاني: أنه يعطى إحدى الوصيتين كان ذلك في مجلس أو مجلسين.

وبه قال بعض الحنفية، وأشهب[(١)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ عمومات أدلة الوصية[(٢)].

٢ ـ أن التأسيس هو الأصل أولى من التأكيد، ومقدم عليه عند التعارض.

دليل القول الثاني:

١ ـ **الأصل الاستصحاب**، وعدم انتقال الأملاك عن أصحابها، إلا بدليل لا يقبل الاحتمال.

٢ ـ **القاعدة اللغوية**: أن المعرفة إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى، والوصيتان هنا معرفتان بالإضافة، فإذا قال: أوصيت له بثلثي أو سدسي، ثم قال في الوصية الثانية: أوصيت له بثلثي أو سدسي كانت الثانية عين الأولى، مؤكدة لها؛ لأنها معرفة أعيدت معرفة.

ونوقش هذان الدليلان: بأن القاعدة غير مطردة، كما أن الاستصحاب من أضعف الأدلة، ولا يصار إليه إلا عند عدم ما سواه، وقد عارضه هنا ظاهر الكلام من التأسيس، فيقدم عليه.

وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة ما استدلوا به.

= ٢/ ٣٣٢، المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى ٨/ ٨٦، أسنى المطالب ٣/ ٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٥، المستوعب ٢/ ٥٤٠، الشرح الكبير لابن أبي عمر ٦/ ٥٣٥.

(١) المصادر السابقة للحنفية والمالكية.

(٢) ينظر: الباب الأول.

الصورة الثانية: أن يكون أحد الجزأين أكثر من الآخر، مثل: الوصية له بثلث ثم الوصية بسدس، والعكس، أو الوصية له بربع، ثم الوصية له بنصف.

الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في مسألة ما إذا أوصى بأمرين متحدي الجنس والصفة، مختلفي القدر.



المطلب السابع
الوصيتان بعين وشائع

مثل: أن يوصي له في إحدى الوصيتين بسيارته، ويوصي له في الأخرى بثلثه أو سدسه، ونحو ذلك، كانت العين الموصى بها معينة، مثل هذه الأرض أو هذه الدار، أو غير معينة، مثل دار من دوري، وهما وصيتان مختلفتان، لا تحتمل أن تكون إحداهما تأكيداً للأخرى، ولا نسخاً لها، فيعطى الوصيتان معاً، يأخذ الجزء المشاع أولاً من رأس مال التركة، ثم يأخذ العين الموصى بها إذا حمل الثلث الوصيتين، أو أجازهما الورثة[١].



---

(١) الذخيرة ٧/ ٦٤، الوصايا ص٤٦٠.

المطلب الثامن
الوصيتان بجزء شائع وعدد

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بثلثه، وفي الوصية الأخرى بألف درهم مثلاً، وقد اختلف فيها على أقوال:

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معاً.

وهو ظاهر قول جمهور أهل العلم[١].

وحجته: القياس على الوصيتين بعدد وعين، بجامع أن كلاً منهما وصيتان مختلفتان، فيجب الجمع بينهما إذا حملهما الثلث.

القول الثاني: أنه يعطى الأكثر من الوصيتين، فإن كان الجزء الشائع أعطيه وألغي العدد، وإن كان العدد أكثر أعطيه، وألغي الشائع.

وهو قول للمالكية[٢].

وحجته: القياس على الوصيتين بعددين مختلفين في المقدار؛ لأنهما في الحقيقة راجعتان إلى ذلك.

القول الثالث: أنه يعطى الوصيتين معاً، يعطى الجزء المشاع من رأس المال، ثم يعطى العدد الموصى به مما بقي إذا حمل الثلث ذلك، أو أجازه الورثة.

---

(١) ينظر: مسألة الوصية بأمرين متحدي الجنس والصفة، مختلفي العدد.
(٢) المصادر الآتية.

وهو قول للمالكية[١].

وحجته: أن كلاً منهما وصيتان مختلفتان، فيجب الجمع بينهما إذا حملهما الثلث.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ إذ الأصل العمل بالوصيتين.



المطلب التاسع
الوصية بعين وعدد مسمى

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بداره، والوصية له في الأخرى بمبلغ مالي، كألف درهم أو مئة درهم.

فيعطى الوصيتين؛ لأنهما وصيتان مختلفتان لا يصح أن تكون إحداهما مؤكدة لأخرى، ولا ناسخة لها، فيجمع له بينهما.

وهو قول جمهور أهل العلم[٢].

وحجته: وقوفاً مع لفظ الموصي، وقياساً على الوصية له بدار وأرض.

وفي قول للمالكية: يعطى أكثرهما قيمة.

والأقرب: القول الأول؛ إذ الأصل العمل بالوصايا جميعاً.

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظر: المنتقى ٦/ ١٥٢، الذخيرة ٧/ ٦٤، حاشية الرهوني ٨/ ٢٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٤، ١٣٥، المنتقى ٦/ ١٥١، الذخيرة ٧/ ٦٣، شرح الزرقاني ٨/ ١٧٥، شرح الخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٤٣٨، الأم ٤/ ١٢٤.

المطلب العاشر
الوصيتان بمعين ومبهم من جنس ذلك المعين

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بداره، أو بسيارته المعينة، والوصية له في الأخرى بدار من دوره، أو سيارة من سياراته.

القول الأول: يعطى الوصيتين معاً.

وبه قال أشهب من المالكية[١].

وحجته: أنهما مختلفتان بالتعيين والإبهام.

ونوقش: بأنه مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد، فإن ذلك يقتضي إعطاءه الموصى به المعين[٢].

القول الثاني: أنه إذا كانتا في كتاب واحد أو نسق واحد بغير كتاب أعطي الوصيتين، وأما إن كانتا بغير كتاب وذكرهما في يومين ففيه نظر.

وبه قال اللخمي[٣].

وحجته: احتمال الإخبار عما مضى، وإن قدم النكرة فهو أشكل؛ لاحتمال أن يكون المعين بياناً للمبهم[٤].

والأقرب: ما ذكره اللخمي لتوجه ما علل.

---

(١) المنتقى ٦/ ١٢٥، المعيار المعرب ٩/ ٣٩٩، حاشية الرهوني ٨/ ٢٦٣.

(٢) الوصايا والتنزيل ص٤٩٠.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الذخيرة ٧/ ٦٣.

فرع:

إذا نص في إحدى الوصيتين على إلغاء الأخرى، أو على الجمع بين الوصية الأولى والثانية، فإنه يعمل بمقتضى ما نص عليه في جميع ما سبق.



المبحث الثالث
تعدد الوصية والموصى له

وفيه مطالب:

المطلب الأول
أن يكون الموصى به في حدود الثلث، فأقل

مثال ذلك: أن يوصي شخص لشخص بسدس ماله، ولآخر بسبعه.

فهنا تنفذ كل الوصايا، ويعطي كل واحد من الموصى لهم حقه الذي أوصي به باتفاق المذاهب الأربعة[(١)]؛ «لأن الوصية تعلقت بالكل، وأمكن تنفيذها في الكل»[(٢)].



(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٢٩ ـ ١٠٣٠، الذخيرة ٧/ ٧١ ـ ٧٢، القوانين الفقهية ص٣٠١، المهذب ١/ ٥٩٦، البيان في مهذب الإمام الشافعي ٨/ ٢٤١، المقنع مع الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٤، المبدع ٦/ ٨١، شرح المنتهى ٢/ ٥٦٨، أحكام التعدد ص٣٣٧.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤.

المطلب الثاني
أن يكون الموصى به أكثر من الثلث

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أن يجيز الورثة الوصايا:

إذا كان الموصى به أكثر من الثلث، وأجاز الورثة الوصايا، فإن ذلك لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: أن يكون الموصى به أكثر من الثلث، ولم يزد على التركة.

وذلك: كالوصية لشخص بنصف المال ولآخر بالربع، فهنا تنفذ كل الوصايا، ويعطى كل واحد من الموصى لهم حقه الذي أوصي له به باتفاق المذاهب الأربعة[1].

الأمر الثاني: أن يكون الموصى به أكثر من التركة.

وذلك: كالوصية لشخص بنصف المال، ولآخر بالثلث، ولثالث بالربع، وكالوصية لشخص بجميع المال، ولآخر بالثلث.

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في كيفية قسمة المال بينهم على قولين:

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٥٨، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٨، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٨٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/ ١٠٠٩، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٢٩، الذخيرة ص٧١ - ٧٢، المهذب ١/ ٥٩٦، روضة الطالبين ٦/ ٢١٦ - ٢١٧، المغني ٨/ ٤٤٤، الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٤ - ٤٢٥، مطالب أولي النهى ٦/ ٢٥٣.

القول الأول: أن المال يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم كالعول[(١)].

وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[(٢)]، وقول المالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)]، وقول النخعي[(٦)].

فإذا كانت الوصية بالنصف والثلث والربع، قسم المال بين الموصى لهم على ثلاثة عشر سهماً، للموصى له بالنصف ستة أسهم، وللموصى له بالثلث أربعة أسهم، وللموصى له بالربع ثلاثة أسهم، فالمسألة اثنا عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر.

القول الثاني: أن المال يقسم بين الموصى لهم بطريق المنازعة.

وهو قول الإمام أبي حنيفة[(٧)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

دليل القول بقسمة المال بين الموصى لهم على قدر وصاياهم كالعول:

---

(١) العول: زيادة السهام على الفريضة، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة، فيدخل النقص عليهم بقدر حصصهم التوقيف على مهمات التعريف ص ٥٣٠، وانظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٨، المطلع ص٣٠٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٦١ ـ ٥٦٢، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٨٣، اللباب في شرح الكتاب ٤/ ١٧٤.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٢٩، الذخيرة ٧/ ٧١، القوانين الفقهية ص٣٠١.

(٤) الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، المهذب ١/ ٥٩٦، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٢٤٢، روضة الطالبين ٦/ ٢١٨.

(٥) رؤوس المسائل الخلافية للعكبري ١١٠٩ ـ ١١١١، المغني ٨/ ٤٤٦، المبدع ٦/ ٨٤، الإقناع للحجاوي ٣/ ١٦٨، مطالب أولي النهى ٦/ ٢٥٦.

(٦) المغني ٨/ ٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/ ٤٣١.

(٧) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٦١ ـ ٥٦٢، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧ ـ ١٨٨، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٨٣، أحكام التعدد ص٤٣٢.

القياس على الازدحام في الميراث؛ لأن «السهام في الوصايا كالسهام في المواريث، ثم السهام في المواريث إذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد، فكذلك في الوصية»[(١)].

دليل القول الثاني:

دليل القول بقسمة المال بين الموصى لهم بطريق المنازعة:

أن ما زاد على الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال؛ لأنه لا ينازعه فيه أحد، وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث، فاستوت منازعتهما فيه؛ إذ لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيقسم بينهما نصفين[(٢)].

فإذا كانت الوصية بالنصف والثلث والربع، فيكون للموصى له بالنصف خمسة أسهم ونصف، وللموصى له بالثلث ثلاثة أسهم ونصف، وللموصى له بالربع ثلاثة أسهم؛ لأن المسألة تفرض من اثني عشر لكل واحد من الثلاثة ربعها - وهو ثلاثة - فيكون الجميع تسعة، ويبقى ثلاثة أسهم لصاحب النصف: منها اثنان سدس الاثني عشر، والسهم المتبقي يكون نصفين بين صاحبي النصف والثلث.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن ما ذكروه لا نظير له، وما ذهب إليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض، والديون على المفلس، مع أن فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصي ووصيته، ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لا ينفرد بفضله، فكذا في الوصايا[(٣)].

---

(١) المهذب ١/ ٥٩٦، وانظر: الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٢٤٢، الممتع في شرح المقنع ٤/ ٢٧١.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٦٢، وانظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٨٣.

(٣) انظر: المغني ٨/ ٤٤٧، الشرح الكبير ١٧/ ٤٣٢، المبدع ٦/ ٨٤.

الوجه الثاني: أن ما ذهب إليه المخالف يؤدي إلى الظلم والحيف؛ لأنه يدخل النقص على البعض دون البعض؛ لأنه يدفع إلى صاحب الربع ثلاثة، وهو جميع حقه، ويدفع إلى صاحب الثلث ثلاثة أسهم ونصف، وحقه أربعة، ويدفع إلى صاحب النصف خمسة أسهم ونصف، وحقه ستة أسهم»[١].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول، وهو أن المال يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم كالعول؛ لقوة الدليل الذي استدلوا به، وسلامته من الاعتراض مع ضعف دليل المخالف لمناقشته.

المسألة الثانية: أن لا يجيز الورثة الوصايا:

إذا كان الموصى به أكثر من الثلث ـ سواء كان أكثر من التركة أو أقل ـ ولم يجز الورثة الوصايا لم يخل حال الموصى لهم من أمرين:

الأمر الأول: أن لا يكون في الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث.

وذلك: كالوصية بثلث وربع وسدس، أو الوصية بثلث وثلث وربع وسدس.

وهنا ترد الوصايا إلى الثلث، وتبطل فيما زاد على ذلك، ويقسم الثلث بين الموصى لهم على قدر سهامهم، وذلك باتفاق الأئمة الأربعة[٢]؛ لأن الثلث يضيق عن حقوقهم، فيقسم بينهم على قدرها، كما في أصحاب الديون[٣].

---

(١) رؤوس المسائل الخلافية للعكبري ٣/ ١١١٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٧، الهداية ٤/ ٥١٨، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧، التفريع ٢/ ٣٢٧، المعونة ٢/ ٥١١، الذخيرة ٧١ ـ ٧٢، الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، روضة الطالبين ٦/ ٢١٦ ـ ٢١٨، المغني ٨/ ٤٤٤، ٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٤، ٤٣٠، مطالب أولي النهى ٦/ ٢٥٣، ٢٥٦، أحكام التعدد ص٤٥٣.

(٣) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٤/ ١٧٣.

لكن عند الحنفية: إن مع الوصايا أحد الأشياء الثلاثة: وهي الإعتاق المنجز في المرض، أو المعلق بالموت، أو البيع بالمحاباة بما لا يتغابن به الناس في المرض، فيقدم صاحبه على غيره، كوجود المُرجح.

فالإعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ، والمحاباة تستحق بعقد الضمان، وهو البيع؛ إذ هو عقد معاوضة، فكان البيع مضموناً بالثمن، والوصية تبرع، فكانت المحاباة أولى بالتقديم.

الأمر الثاني: أن يكون في الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث.

وذلك كالوصية بالنصف والربع، أو الوصية بجميع المال وبالثلث، وهنا ترد الوصايا إلى الثلث، وتبطل فيما زاد على ذلك باتفاق المذاهب الأربعة[(١)].

ثم اختلف الفقهاء رحمهم الله في كيفية تقسيم الثلث بين الموصى لهم على قولين:

القول الأول: أن الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر أنصبائهم.

وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[(٢)]، وقول المالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٥٨، المبسوط ٢٧/ ١٤٧ ـ ١٤٨، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٩ ـ ٥٦٢، التفريع ٢/ ٣٢٧، المعونة ٢/ ٥١١، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣، الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، روضة الطالبين ٦/ ٢١٦ ـ ٢١٧، المغني ٨/ ٤٤٤، ٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٤، ٤٣٠، المبدع ٦/ ٨٤، أحكام التعدد ص٤٣٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٩، ٥٦٢، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧، ١٨٨.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٢٩، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣، الذخيرة ٧/ ٧١.

(٤) الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، المهذب ١/ ٥٩٦، روضة الطالبين ٦/ ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٥) رؤوس المسائل الخلافية للعكبري ٣/ ١٠٨، ١١٢، المغني ٨/ ٤٤٤، ٤٤٦، المبدع ٦/ ٨٤، التوضيح ٢/ ٨٧١.

وهو قول الحسن، والنخعي، والثوري، وإسحاق[١].

القول الثاني: أن الثلث يقسم بين الموصى لهم بالتسوية[٢].

وهو قول الإمام أبي حنيفة[٣].

واستثنى أبو حنيفة خمس صور:

الصورة الأولى، والثانية: العتق في المرض، وفي الوصية بالعتق في المرض.

صورة ذلك: إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولم تجز الورثة العتق بأكثر من الثلث، وثلث ماله ألف درهم، فالألف بينهما على قدر وصيتهما، ثلثا الألف للذي قيمته ألفان، والثلث للذي قيمته ألف، فيُعْتَق منهما الثلث ويسعيا بما بقي للورثة[٤].

الصورة الثالثة، والرابعة: المحاباة في المرض، وفي الوصية.

كأن يوصي شخص بأن تباع سيارته التي تساوي قيمتها ثلاثة آلاف بألف، والسيارة التي تساوي قيمتها ستة آلاف بألفين، علماً بأنه لا مال له سواهما، فهو يريد الوصية بفرق السعرين فتقسم الثلث وهو الثلاثة آلاف بينهما أثلاثاً، ثلثه للأول وثلثاه للثاني[٥].

الصورة الخامسة: في الوصية بالدراهم المرسلة[٦].

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٢٤١، المغني ٨/ ٤٤٤، الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٨.

(٢) إن كانوا اثنين فمناصفة.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٨، المبسوط ٢٧/ ١٤٧، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٩، ٥٦٢، الدر المختار ١٠/ ٣٨٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٤٨٨.

(٥) انظر: أحكام الوصايا والوقف لوهبة الزحيلي ص١٠٣ ـ ١٠٤.

(٦) المقصود بها المطلقة غير مقيدة بثلث أو ربع أو خمس.

كأن يوصي لشخص بألف ريال ولآخر بألفي ريال، وتركته كلها ثلاثة آلاف ريال، ولم يجيز ذلك الورثة، فحينئذ يقسم الثلث بينهم بحسب أسهمهم، للأول ثلث الثلث، وللآخر ثلثا الثلث[١].

وفي هذه الصور الخمس يتوافق رأي أبي حنيفة مع رأي الصاحبين.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أدلة القول بقسمة الثلث بين الموصى لهم على قدر أنصبائهم ما يأتي:

١ ـ أن الموصي فاضل بينهم في الوصية، فوجبت المفاضلة بينهم في حال الرد[٢]، قياساً على ما إذا لم يكن فيهم من تجاوز وصيته الثلث[٣].

٢ ـ أن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال، قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث[٤]، والمال بين الغرماء[٥].

٣ ـ أن هذه الوصايا «لو كانت بالثلث فما دون وقسِّمت لقسِّمت على التفضيل، فإذا كانت أكثر من الثلث قسمت على التفضيل»[٦] كذلك.

٤ ـ القياس على الوصايا المرسلة، فإنها تقسم عند عدم إجازة الورثة على التفضيل، فكذلك إذا كانت الوصايا مقيدة بنسبة[٧].

٥ ـ أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٤٨٩، أحكام الوصايا والوقف لوهبة الزحيلي ص١٠٤.

(٢) أي: في حال عدم إجازة الورثة.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧، المغني ٨/ ٤٤٤، الشرح الكبير ١٧/ ٤٢٩.

(٤) أي: كسهام الورثة في العول.

(٥) المهذب ١/ ٥٩٦، وانظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/ ١٠١٠، الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٧.

(٦) البيان ٨/ ٢٤١، وانظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/ ١٠٠٩، المعونة ٢/ ٥١١.

(٧) انظر: الإشراف ٢/ ١٠٠٩، المعونة ٢/ ٥١١، الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٨، البيان ٨/ ٢٤١.

لحق الورثة؛ لما فيه من الإضرار بهم، ولا مانع من التفضيل؛ إذ لا ضرر فيه على الورثة، فيثبت[١].

٦ ـ أن الميت ما أراد قط إلا المفاضلة بينهما، وإلا فما فائدة إيصائه لهذا بالنصف، ولهذا بالثلث؟[٢].

دليل القول الثاني:

دليل القول بقسمة الثلث بين الموصى لهم بالسوية:

أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق على الورثة فيما إذا زاد على الثلث، وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض، والثاني ثبت في ضمن الأول، ولما بطل الأول لحق الورثة وعدم إجازتهم، بطل ما في ضمنه وهو التفضيل، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث، فينصف الثلث بينهما، كما لو أوصى لكل منهما به حقيقة[٣].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن بطلان أحدهما ليس موجباً لبطلان الآخر، ألا ترى أن كل النصف بعد الثلث زيادة على الثلث، ولو لزم ما قالوا لبطلت وصية صاحب النصف بأسرها، فلما لم تبطل بالرد إلى الثلث لم يبطل حكم التفضيل بالرد إلى الثلث[٤].

الوجه الثاني: أن الوارث «إذا رد الوصية فيما زاد على الثلث لم تبطل الوصية في ثلث المال بالإجماع، وإنما تبطل فيما زاد على الثلث لحق

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٦٠، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨، اللباب في شرح الكتاب ٤/ ١٧٣.

(٢) تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك ٥/ ٤٨١.

(٣) رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٨٤، وانظر: الهداية ٤/ ٥١٨، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨، أحكام التعدد ص٤٣٢.

(٤) الحاوي الكبير ٨/ ٢٠٨.

الورثة، فبقيت الوصية بالثلث صحيحة، وإذا صحت صحت المفاضلة فيه فيما بين الموصى لهما كعول الفرائض كما تقدم»[(١)].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، وهو قسمة الثلث بين الموصى لهم على قدر سهامهم؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها، وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل المخالف؛ لما ورد عليه من المناقشة.

❁ ❁ ❁

المطلب الثالث

الوصية لمتعدد يشركهما فيها

مثل: الوصية لخالته، وعمته، بداره أو أرض، وهي وصية لا خلاف في اشتراكهما في الموصى به، واقتسامه بينهما بالتساوي، إلا بنص من الموصي على تفضيل أحدهما على الآخر، وسواء أشركهما في الوصية ابتداء، أو أوصى لأحدهما ثم أشرك الثاني معه في الموصى به؛ لأن الوصية عقد غير لازم، يجوز للموصي الرجوع فيه وتغييره بإشراك طرف آخر مع الموصى له في الوصية، وقد سبق الحديث عن التشريك في الوصية[(٢)].



(١) تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك ٥/ ٤٨١.

(٢) المصادر السابقة.

المطلب الرابع
الوصية لكل واحد منهما بغير ما أوصى به للآخر

مثل: أن يوصي لأحدهما بداره وللآخر بأرضه، أو يوصي لأحدهما بألف درهم كل سنة، ولآخر بثمار أشجاره، ونحو ذلك.

وهي وصايا لا خلاف بين الفقهاء أن لكل واحد وصيته إذا حملها الثلث، أو أجاز الورثة ذلك؛ لأنها وصايا مختلفة لا يمكن أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى، وليس في الثانية تصريح بالرجوع عن الأولى[١].



المطلب الخامس
الوصية لشخص بمعين، ثم الوصية به لآخر

وسيأتي بحث هذه المسألة في مبطلات الوصية: جعل الموصى به بعينه لآخر.

❊ ❊ ❊

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٧٤، التفريع ٢/ ٣٣٢، المعونة ٢/ ٥٢٦، المنتقى ٨/ ٨٦، أسنى المطالب ٣/ ٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٥، المستوعب ٢/ ٥٤٠.

المطلب السادس
الوصية بمثل نصيب أحد الورثة لشخص، مع الوصية بجزء مقدر لشخص آخر

مثال ذلك: أن يوصي لشخص بثلث ماله، ولآخر بمثل نصيب أحد أبنائه ويموت عن ابنين.

ففي هذه الوصية قولان:

الأول: أن يعطى الجزء المقدر لصاحبه، ثم يقسم الباقي بين الورثة والموصى له بمثل نصيب أحدهم.

الثاني: أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث، كأن لا وصية سواها، ويعطى صاحب الجزء المقدر ما قدر له.

فعلى الطريق الأول: نعطي الثلث لصاحبه، ونقسم الباقي بين الابنين والموصى له بمثل نصيب أحدهما، فتصح المسألة من تسعة للموصى له بالثلث ثلاثة، ولكل واحد من الابنين والموصى له بمثل نصيب أحدهما: اثنان، في حال إجازة الورثة للوصية، وعند رد الوصية نقسم الثلث بين الوصيين على خمسة.

وزيادة في **التوضيح إليك حلها في جدول.**

حلها عند الإجازة:

٣ × ٣= ٩

٣		
	١	موصى له ٣/١
٢	٢	ابن
٢		ابن
٢		موصى له بمثل نصيب أحدهما

حلها عند الرد:

يقسم الثلث بين الموصى لهما على خمسة، حيث إن مجموع سهامها في مسألة الإجازة خمسة سهام، فنعطي صاحب الثلث ثلاثة أسهم، والآخر اثنين.

٣	موصى له بالثلث
٢	موصى له بمثل نصيب أحد الابنين

وعلى القول الثاني:

في حال الإجازة: نعطي الموصى له بمثل نصيب أحد الابنين الثلث من رأس المال؛ لأنه بانضمامه إلى الابنين تكون المسألة من ثلاثة، ونعطي الموصى له بالثلث الثلث أيضاً من رأس المال، فيكون للموصى لهما الثلثان وللابنين الثلث، وتصح المسألة من ستة.

وعند عدم الإجازة، يقسم الثلث بينهما نصفان.

وحلها عند عدم الإجازة:

نقسم الثلث اثنين عليهما هكذا:

موصى له بالثلث ١

موصى له بمثل نصيب أحدهما ١

❁ ❁ ❁

المطلب السابع
الوصية لأحدهما بشيء معين، وللآخر بجزء شائع من ذلك المعين نفسه

مثل الوصية لأحدهما بداره وللآخر بنصفها، أو الوصية لأحدهما بأرضه أو سيارته المعينتين والوصية للآخر بثلثها، أو ربعها، ونحو ذلك.

وقد اختلف فيها على أقوال:

القول الأول: أنه يقسم بينهما بالحصص، فإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل، وللآخر بثلثه قسم بينهما أرباعاً، الموصى له بالكل ثلاثة أرباع، وللموصى له بالثلث ربع؛ لأن مقام الثلث ثلاثة، فصاحب الكل له ثلاثة، وصاحب الثلث له واحد، المجموع أربعة، وإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل وللآخر بالنصف قسم بينهما أثلاثاً، وهكذا.

وهذا قول الجمهور[(١)].

القول الثاني: أن للموصى له الثاني وصيته كاملة، والباقي للأول، فإذا كانت الوصية للثاني بالثلث أعطي الثلث، وللأول الثلثان، وإذا كانت الوصية للثاني بالنصف أعطي الثاني النصف، والأول النصف.

وهو قول الحنفية، وطاوس[(٢)].

---

(١) المنتقى ٦/ ١٦١، نهاية المحتاج ٦/ ٩٧، المغني ٦/ ٦٥.

(٢) المغني ٦/ ٦٥.

القول الثالث: أن الموصى لهما يشتركان في الجزء الموصى به ثانياً، والباقي يختص به الموصى له الأول، فإذا كانت الوصية الثانية بالثلث أعطينا الموصى له بالكل الثلثين أولاً، والثلث الباقي يقسم بينهما أنصافاً، فيأخذ الأول خمسة أسداس الموصى به، ويأخذ الموصى له بالثلث السدس، وإذا كانت الوصية الثانية بالنصف أعطي الموصى له بالكل النصف أولاً، والنصف الآخر يقسم بينهما نصفين، وهكذا.

وهو قول أبي حنيفة، وبعض الشافعية[1].

الأدلة:

دليل القول الأول: (يقسم بينهما بالحصص):

أن الوصية تقسم بينهما بالحصص على طريق العول؛ إذ هو العدل.

دليل القول الثاني: (أن الوصية الثانية بالجزء ناسخة للوصية الأولى بالكل):

أنه يعطى الموصى له الثاني جميع الجزء الموصى له به، والباقي يأخذه الموصى له بالكل، بمنزلة الخاص مع العام؛ لأن الوصية بالكل كالوصية بالعام، والوصية بالجزء كالوصية بالخاص، والخاص مقدم على العام وناسخ له، أو مخصص فيما تعارضا فيه.

ونوقش: بعدم التسليم لاختلاف محل الموصى له.

دليل القول الثالث:

أن الوصية الثانية تشريك، فيعطى للموصى له بالكل أولاً ما زاد على الجزء الموصى به للثاني؛ لأن الثاني لا ينازعه فيه، ثم يقتسمان الجزء

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٦/ ٩٧، الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٠.

الموصى به للثاني؛ لاشتراكهما في الوصية لهما به، الأول بطريق دلالة التضمن لاندراجه في الوصية بالكل، والثاني موصى له بدلالة المطابقة.

والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليله.

وإذا قال: ما أوصيت به لفلان، فنصفه أو ثلثة لفلان كان للموصى له ثانياً ما سماه له، والباقي للأول بناء على أن الثانية رجوع عن الأولى[١].

❋ ❋ ❋

المطلب الثامن

الوصية لأحدهما بمعين، والوصية للآخر ببعض معين من ذلك الكل

مثل: الوصية لأحدهما بعمارة معينة، والوصية للآخر بشقة معينة منها، أو بالطابق الأسفل منها، فللعلماء قولان[٢]:

القول الأول: أن الموصى له بالكل يختص بما عدا البعض الموصى به للثاني، ثم يشارك الثاني في ذلك البعض الموصى به للثاني.

وحجته: اشتراكهما في الوصية لهما به أحدهما بالمطابقة، والآخر بالتضمن، فيقسم بينهما نصفين، فتقسم الشقة أو الطابق الأسفل بين الموصى له بالعمارة وبين الموصى له بالشقة أو الطابق الأسفل، وسائر العمارة يبقى للموصى له بالعمارة.

وكذلك إذا أوصى لشخص بألف درهم بعينها، ثم أوصى للآخر بمئة

---

(١) المغني ٦/ ٦٦، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣، الوصايا والتنزيل ص٤٧٦.

(٢) الوصايا والتنزيل ص٤٧٦.

منها، فإن الموصى له بالألف يأخذ تسعمئة، ثم يقاسم الموصى له بالمئة، فيأخذ خمسين والآخر خمسين.

وهو قول جمهور أهل العلم(١)

القول الثاني: أن الوصية الثانية رجوع عن بعض الوصية الأولى، فيعطى الشقة والطابق الأسفل للموصى له الثاني، ويأخذ الموصى له بالكل ما عدا ذلك.

وهو قول للمالكية(٢).

وحجته: أن وصيته ببعض الوصية الأولى رجوع عن هذا الجزء؛ إذ هو المتبادر من صنيع الموصي.

والأقرب هو القول الأول، إلا إن كان هناك قرينة أو عرف تؤيد القول الثاني.



المطلب التاسع
الوصية لكل واحد منهما بجزء شائع من ماله

وتحته أقسام:

القسم الأول: إذا أوصى لكل واحد بأقل من الثلث، أو أوصى لأحدهما بالثلث ولآخر بأقل منه: فإنه لا خلاف بين الفقهاء في إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث كسدس لكل واحد منهما، أو أجاز ذلك

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٢٥، المنتقى ٦/ ١٦٠، الذخيرة ٧/ ٧١، نهاية المحتاج ٦/ ٩٧، المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٦٦.

(٢) انظر: المنتقى ٦/ ٦٢.

الورثة، فإن زادتا على الثلث كربع لأحدهما وخمس لآخر تحاصا في الثلث، ويضرب كل واحد بوصيته، فللموصى له بالربع خمسة أتساع الثلث، وللموصى له بالخمس أربعة أتساع الثلث[١].

القسم الثاني: إذا أوصى لكل واحد منهما بالثلث، فهنا خلاف:

القول الأول: أن الثلث بينهما نصفين لاشتراكهما في الوصية.

وهو قول جمهور أهل العلم[٢].

القول الثاني: الوصية الثانية ناسخة للأولى.

وقد تقدم الخلاف في الوصية لكل واحد منهما بعين ما أوصى به للآخر[٣].

القسم الثالث: إذا أوصى لأحدهما بأكثر من الثلث، ولآخر بالثلث أو بأقل، أو أوصى لكل واحد منهما بأكثر من الثلث، أو بجميع المال، فإن هنا تفصيلاً بين إجازة الورثة وردهم.

فإن أجازوا: فالجمهور على أن كل واحد يضرب بوصيته، ويقتسمون على طريق العول، فإذا أوصى لواحد بالثلث، وللآخر بالنصف، ضرب صاحب النصف بنصفه وصاحب الثلث بثلثه، ويقسم المال على ستة، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له بالثلث اثنان والباقي للورثة.

وإذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، وللآخر بنصفه، فإن الموصى له بالجميع يضرب بالجميع: اثنان، وصاحب النصف بواحد، فيعطى لصاحب النصف واحد من ثلاثة، وللآخر اثنان من ثلاثة وهكذا.

وقال أبو حنيفة: يقسم المال بينهما على طريق المنازعة، فللموصى له

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٨، الذخيرة ٧/ ٧١، المنتقى ٦/ ١٦٠.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٨، المعيار ٦/ ٣٩٥، الذخيرة ٧/ ٦٥، ٤٦، الأم ٤/ ١٣٦.

(٣) ينظر: مسألة ما إذا أوصى لكل واحد منهما بعين ما أوصى به للآخر.

بالجميع النصف أولاً؛ لأن الموصى له بالنصف لا ينازعه فيه، ثم يقتسمان النصف المتنازع فيه نصفين؛ لاشتراكهما فيه، فيأخذ الموصى له بالجميع ثلاثة أرباع المال، والموصى له بالنصف الربع الباقي(١).

وفي حالة الرد يرى جمهور الفقهاء: أن كل واحد يضرب بجميع وصيته في الثلث.

ويرى أبو حنيفة: أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، فإذا أوصى لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثلث، أو أوصى لأحدهما بجميع المال وللآخر بالنصف، فإن الثلث يقسم نصفين؛ لأن الزائد على الثلث باطل برد الورثة، والباطل لا يعتد به، فلا يحاصص به عند أبي حنيفة.

وعند الجمهور: يضرب الموصى له بالجميع بثلاثة؛ لأنها جميع المال ويضرب الموصى بالثلث بواحد، فيقسم الثلث بينهما على أربعة بنسبة الحصص، للموصى له بالجميع ثلاثة أرباع الثلث، وللموصى له بالثلث ربع الثلث، ومثل ذلك يجري في الوصية لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثلث.

فإذا لم يجز الورثة فإن الثلث يقسم بينهما على خمسة للموصى له بالنصف ثلاثة أخماس الثلث، وللموصى له بالثلث خمسا الثلث(٢).

وحجة الجمهور:

١ ـ أن الموصي فضل بينهما في الوصية حين أوصى لأحدهما بأكثر من الآخر، فيجب تنفيذ وصيته في أصل التفضيل، وتمنع التسوية بينهما لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾(٣).

---

(١) راجع المدونة ٤/ ٣١٤، الذخيرة ٧/ ٧١، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٨، المغني ٦/ ٤٧.
(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٨، الأم ٤/ ١٣٦، المغني ٦/ ٤٧، الوصايا ص٥٠١.
(٣) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

٢ ـ وعموم حديث: «**المسلمون على شروطهم**»[(١)].

وحجة أبي حنيفة: أن ما رده الورثة باطل.

وما ذهب إليه الجمهور أقوى؛ لقوة دليله.

القسم الرابع: إذا أوصى لأحدهما بشائع كثلث، ونزل الآخر منزلة ولده،

كمن أنزل أولاد ولده منزلة أبيهم، وترك ثلاثة أبناء، وأوصى بثلث ماله لرجل، فإن مسألة الورثة أربعة، وتصح من اثني عشر؛ لانكسار سهم المنزلين عليهم، فلكل ابن ثلاثة، وللمنزلين ثلاثة لكل واحد سهم، ومخرج الوصية من ثلاثة للموصى له واحد، والاثنان الباقيان موافقان لما صحت منه مسألة الورثة في النصف، يضرب نصف المسألة في مخرج الوصية بثمانية عشر، للموصى له ثلثها ستة، وللمنزلين ثلاثة، تبقى تسعة لكل ابن ثلاثة.

فإن رد الورثة الزيادة على الثلث ردت الوصيتان: الوصية بالثلث، والتنزيل إلى الثلث، يتحاصان فيه، للموصى له بالثلث ثلثا الثلث، وللمنزلين ثلث الثلث اثنان وهما منكسران عليهما، مباينان لهما، فتضرب عدد رؤوسهم في ثمانية عشر بأربعة وخمسين، للموصى له أربعة في ثلاثة باثني عشر، وللمنزلين اثنان في ثلاثة بستة، لكل واحد اثنان، ولكل ابن أربعة في ثلاثة باثني عشر[(٢)].

❊ ❊ ❊

---

(١) سبق تخريجه برقم (١٦٩).

(٢) الإيضاح والتحصيل ص٢٨١، الوصايا ص٥٠١.

المطلب العاشر
الوصية لأحدهما بجزء شائع، ولآخر بعدد مسمى

مثل: الوصية لأحدهما بثلث أو ربع، ولآخر بمئة.

وقد اتفق الفقهاء على إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث؛ لأنهما وصيتان مختلفتان، لا يصح أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى، فإن ضاق الثلث عنهما، فهناك أقوال ثلاثة:

الأول: تقديم الوصية بالجزء على الوصية بالعدد.

والثاني: تقديم الوصية بالعدد على الوصية الجزء.

والثالث: أنهما يتحاصان.

وهو قول الجمهور.

قال الونشريسي: «حكى ابن رشد في المقدمات خلافاً في الوصية بالجزء والتسمية هل المقدم الأول، أو الثاني، أو هما على حد السواء؟ وهو مذهب المدونة فانظره».

يضرب صاحب الثلث مثلاً بثلثه، وصاحب العدد بنسبته من التركة.

فإذا كانت التركة ثلاثمئة، وأوصى لشخص بثلثه، ولآخر بخمسين، فإن ثلث التركة الذي هو مئة يقسم بينهما، يضرب صاحب الثلث بالثلث، وصاحب الخمسين بالسدس؛ لأنها سدس التركة، فتقسم المئة بينهما أثلاثاً، لصاحب الخمسين ثلثها، ولصاحب الثلث ثلثاها.

واتفق المالكية كما قال ابن رشد على أنه إذا قال الموصي في وصيته:

لفلان الثلث ولفلان مئة من الثلث مثلاً، على البدء بالعدد، وما بقي من الثلث يعطى لصاحب الثلث[١].

كما أنه إذا قال: لفلان الثلث لا ينقص من الثلث شيء، فإنه يقدم صاحب الثلث ولا شيء لصاحب العدد.

وإذا قال: لا ينقص صاحب العدد من عدده شيء لم يكن لصاحب الثلث شيء إذا استغرق العدد جميع الثلث، كمن أوصى بألف لشخص وبثلثه لآخر، والتركة كلها ثلاثة آلاف، فإذا قال: لا ينقص صاحب الثلث شيئاً من ثلثه أعطي ولا شيء للموصى له بالألف.

وإذا قال: لا ينقص صاحب الألف من ألفه شيئاً أعطي الألف ولا شيء لصاحب الثلث[٢].



المطلب الحادي عشر
الوصية لأحدهما بجزء شائع، ولآخر بمعين

مثل: الوصية لأحدهما بداره أو أرضه، ولآخر بثلثه أو ربعه، والحكم فيها يختلف باختلاف حال الوصيتين، فقد يحملهما الثلث، وقد لا يحملهما الثلث ويجيز ذلك الورثة، وقد يمنع الورثة ما زاد عن الثلث، فهنا أحوال:

الحال الأولى: إذا كان الثلث يحملهما معاً، كالوصية بدار تساوى السدس، ولشخص بالسدس هنا قولان:

---

(١) المعيار ٩/٣٥٩، حاشية بناني ٨/١٩٣.

(٢) الذخيرة ٧/٦٧.

القول الأول: أن الموصى له بالمعين يأخذ جميع المعين الموصى له به، لحمل الثلث له، والموصى له بالسدس يأخذ سدسه في بقية المال، فيشارك الورثة بالخمس.

وهو مذهب مالك[١].

القول الثاني: أن الموصى له بجزء يأخذ وصيته في غير المعين، ثم يشارك الموصى له بالمعين في ذلك المعين، يقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه؛ لاشتراكهما في الوصية به.

وبه قال الحنابلة[٢].

وحجته: أن الموصى له بالمعين أوصي له به مطابقة، والموصى له بالجزء أوصي له بجزئه تضمناً، فالموصى له بالسدس يأخذ السدس في التركة، ويشارك الموصى له بالدار.

قال ابن قدامة: «فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمئة وعبداً قيمته مئة، ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بالعبد، فلا أثر للرد ههنا، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال، وسبع العبد، والآخر ستة أسباعه».

الحال الثانية: إذا كان الثلث لا يحملهما معاً، وأجاز الورثة ذلك، كما لو أوصى لأحدهما بدار تساوي ثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، وأجاز الورثة ذلك؛ فإن هنا قولين أيضاً[٣]:

القول الأول: أن للموصى له بالثلث جميع الثلث، وللموصى له بالدار جميع الدار؛ لصحة إنفاذ الوصيتين.

القول الثاني: أن للموصى له بالثلث ثلثي الثلث، وللموصى له بالدار

---

(١) المدونة ٤/ ٣٠٧.

(٢) المغني ٦/ ١١٣.

(٣) الذخيرة ٧/ ٧٢، المغني ٦/ ١١٥.

ثلثي الدار، وثلث الدار الباقي يقسم بينهما نصفين؛ لاشتراكهما في الوصية به.

الحال الثالثة: إذا جاوزت الوصيتان الثلث، ورد الورثة الزائد على الثلث[١] فقولان:

الأول: أن الثلث بينهما نصفين لاستوائهما فيه.

القول الثاني: أنه يبدأ بالموصى له بالثلث، ولا شيء للموصى له بالمعين؛ لأن الميت إنما أوصى له من ثلثي الورثة.

❁ ❁ ❁

المطلب الثاني عشر
تعدد الوصايا لله، أو للآدمي

وسيأتي بحثها في أحكام المحاصة في المبحث التالي.



(١) المصادر السابقة.

المبحث الرابع
المحاصة

وفيه مطالب:

المطلب الأول
تعريف المحاصة

هي: اقتسام الموصى لهم ما وجب لهم من مال الموصي بقدر وصاياهم عند ضيق الثلث عنها إذا لم يجزها الورثة، أو عند ضيق التركة عنها في حالة إجازتها.

❁ ❁ ❁

المطلب الثاني
مشروعيتها، وشروطها

اختلف العلماء ـ رحمهم الله تعالى ـ في ذلك على قولين:

القول الأول: أنها مشروعة عند ضيق الثلث، أو التركة عن الوفاء بجميع الوصايا، باتفاق الأئمة الأربعة.

القول الثاني: لا محاصة في الوصايا، ويجب البدء بالأول فالأول حتى يتم الثلث، فإذا تم بطل باقي الوصايا.

إلا في حالة الإجمال فتجرى المحاصة[(١)].

فيبدأ بالأول فالأول بحسب صدورها من الموصي، فإذا تم الثلث بطل ما زاد عليه، ولا يحل ولا ينظر في ذلك إلى أهم ولا مهم.

وهو مذهب الظاهرية، بناء على أصلهم من منع الوصية بأكثر من الثلث.

فإذا أوصى شخص بثلث ماله أو ما يساويه من الأعيان، ثم أوصى لآخر بربع ماله، أو ما يساويه، أخذ الموصى له بالثلث ثلثه، ولا شيء للموصى له بالربع؛ لاستغراق الوصية الأولى الثلث، وبطلان ما زاد على الثلث عندهم، وإذا أوصى أولاً لصاحب الربع، فإن صاحب الربع يأخذ ربعه كاملاً، ويعطى للموصى له بالثلث بقية الثلث.

الأدلة:

دليل الجمهور:

١ ـ عموم أدلة الوصايا.

٢ ـ القياس على الديون إذا كانت أكثر من مال المدين.

٣ ـ القياس على المواريث إذا زادت الفروض على المسألة، فإنه يدخله العول بالإجماع.

٤ ـ أن الوصايا تبرع بعد موت، والموت يأتي دفعة واحدة، فلا يقدم بعضه على بعض، فتدخلها المحاصة.

ودليل الظاهرية: ظاهر حديث سعد رضي الله عنه: «الثلث، والثلث كثير»[(٢)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المراد بالحديث مجموع الوصايا لا يتجاوز الثلث؛ لأدلة القول الأول.

---

(١) انظر: المحلى ٩/ ٣٣٣.

(٢) سبق تخريجه برقم (٣).

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ إذ الشريعة لا تفرق بين المتماثلات، ولأنها مبنية على العدل.

وبالنسبة لشروطها، فإن هناك شروطاً أربعة:

الشرط الأول: تجاوز الوصايا الثلث، وضيقه عن استيعابها، فإن حملها الثلث، فلكل واحد وصيته، ولا حاجة للمحاصة حينئذ.

الشرط الثاني: ألا يجيزها الورثة، فإن أجازها الورثة فلا محاصة أيضاً، إذا لم تتجاوز المال.

مثل: الوصية لواحد بالنصف، ولآخر بالربع، ولثالث بالثمن، فإن المال يقسم على ثمانية، لصاحب النصف أربعة، ولصاحب الربع اثنان، ولصاحب الثمن واحد، ويبقى واحد للورثة.

مثال ثان: إذا أوصى بنصف لشخص، ولآخر بثلث، ولثالث بسدس، فإن المال يقسم على ستة، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان، ولصاحب السدس واحد، ولا محاصة لحمل المال لجميع الوصايا.

واختلف الفقهاء إذا جاوزت الوصايا المال، وزادت عليه رغم إجازة الورثة لجميعها:

القول الأول: العمل بالمحاصة، وقسمة المال بين الموصى لهم، ودخول العول كالفرائض[1].

وهو قول الجمهور.

كمن أوصى لواحد بنصف ماله، ولآخر بربعه، ولثالث بثلثيه، فإن المسألة من اثني عشر لوجود الربع والثلث، وتعول لسبعة عشر، للموصى له بالنصف ستة، وللموصى له بالربع ثلاثة، وللموصى له بالثلثين ثمانية.

---

(١) انظر: المغني ٦/٤٩، المدونة ٤/٣٠٦.

القول الثاني: يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه، ثم يقتسمون الباقي في حالة الإجازة، وفي حالة الرد يبطل ما زاد على الثلث ولا يحاصص به، فإذا كانت الوصية لشخص بجميع المال ولآخر بالثلثين، ولثالث بالثلث، وأجاز الورثة ذلك، فإن الموصى له بالجميع يأخذ الثلث أولاً؛ لانفراده به وعدم مشاركة أحد له فيه، ثم يقتسم هو والموصى له بالثلثين الثلث الثاني؛ لاشتراكهما فيه يأخذ كل واحد نصفه، والثلث الثالث يقتسمه الموصى له بالجميع، والموصى له بالثلثين، والموصى له بالثلث لكل واحد ثلثه، تسع المال، فيجتمع للموصى له بالجميع خمسة أتساع المال، وللموصى له بالثلثين ثلاثة أتساع، والتسع الباقي للموصى له بالثلث.

وإذا رد الورثة الزيادة على الثلث تحاصوا في الثلث لكل واحد منهم ثلث الثلث؛ لتساويهم في الوصية، وبطلان ما زاد عليه[١].

وبه قال الحنفية.

الشرط الثالث: أن تكون الوصايا في مرتبة واحدة، ليس بعضها آكد من بعض، وإلا قدم الآكد فالآكد، وتقدم أو تأخر[٢].

الشرط الرابع: أن لا يشترط الموصي تقديم بعض الوصايا على بعض، فإن شرط ذلك عمل بشرطه، وامتنعت مخالفته؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾، ولعموم حديث: «**المسلمون على شروطهم**»[٣].

❊ ❊ ❊

---

(١) البداية ٢/٣٣٨، الفتاوى الهندية ٦/٩٨، الوصايا والتنزيل ص٥١٢.

(٢) المدونة ٤/٣٠١.

(٣) سبق تخريجه برقم (١٦٩).

المطلب الثالث
الوصايا المحاصص بها، والتي لا يحاصص بها

وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الوصايا المحاصص بها اتفاقاً بين القائلين بالمحاصصة.

وهي الوصايا الصحيحة اللازمة سواء كان مستحقها موجوداً، أو منتظر الوجود، مثل الوصية بربع ماله لحمل ابنته، أو لمن سيولد لها، وبثلثه للفقراء، فإن المحاصة تجري بين الوصيتين للزومهما، وما ناب الفقراء يفرق عليهم، وما ناب الحمل أو المولود المنتظر يوقف له حتى يوجد بشروطه.

القسم الثاني: الوصايا المختلف في المحاصة بها: الوصايا الباطلة، والمردودة، والموقوفة.

١ ـ فالأولى كالوصية التي يموت فيها الموصى له قبل موت الموصي، قد اختلف فيها العلماء كما سبق، **فقيل**: يحاصص بها مطلقاً.

وقيل: لا يحاصص بها مطلقاً، **وقيل**: لا يحاصص بها إن علم الموصي بموت الموصى له قبله، وإن لم يعلم حوصص بها.

مثال ذلك: من أوصى بعشرة لشخص، وعشرة لآخر، والثلث كله عشرة، مات أحد الموصى لهما قبل موت الموصي، فإن العشرة تكون كلها للحي على القول بعدم المحاصة، وعلى القول بالمحاصة يقسم بينهما، والخمسة التي تنوب الميت ترجع للورثة، وعلى القول الثالث إن علم بموته فالمحاصة، وإن لم يعلم فلا محاصة.

٢ ـ الوصية المردودة في حياة الموصي، فإن فيها نفس الخلاف في الوصية التي يموت الموصى له قبل موت الموصي: المحاصة مطلقاً، وعدمها مطلقاً، والتفصيل بين علم الموصي برده وعدم علمه بذلك، والخلاف في هذه الصورة مخرج على الخلاف في التي قبلها.

بخلاف ردها بعد وفاة الموصي فإنه يحاصص بها، ويرجع منابها ميراثاً بين الورثة.

٣ ـ الوصية لوارث وأجنبي، فإن الوارث يحاصص الأجنبي بوصيته، فما ناب الأجنبي أخذه، وما ينوب الوارث يرجع ميراثاً[١] إذا لم يجزه الورثة، وقيل: يبطل نصيب الوارث إذا لم يجزه الورثة ولا يحاصص به الأجنبي، فإن كانت الوصية لهما بالثلث، فإن الثلث كله للأجنبي لبطلان وصية الوارث، وسيأتي ببحث هذه المسألة قريباً[٢].

القسم الثالث: الوصايا التي لا يحاصص بها أربابها اتفاقاً، وهي الوصية بمعين إذا هلك.

كمن أوصى لشخص بثلث ماله، وأوصى لآخر بسيارته هذه، فاحترقت السيارة بعد موت الموصي، فإن الموصى له بالثلث يأخذ ثلثه كاملاً ولا يحاصصه الموصى له بمعين؛ لبطلان وصيته، ولأنه لا يقوم ميت، ولا يقوم على ميت، كما قال مالك[٣]

واختلف إذا أوصى بأشياء معينة لشخص، وباقي الثلث لشخص آخر،

---

(١) المدونة ٤/ ٣٠٧ ـ ٣٣٨.

(٢) المبسوط ٢٧/ ١٧٩، ١٤٥، المدونة٤/ ٣٦٥، بدائع الصنائع ٦/ ٤٣٤، الكافي لابن عبد البر ص٥٤٣، الأم ٥/ ٢٣٥، المغني ٨/ ٤٠١، الوصايا ص٤٩٠ .

(٣) المدونة ٤/ ٣٠٦، الوصايا ص٤٩٠.

ثم نفذ الأشياء المعينة للموصى له بها في حياته، فأفتى بعضهم: بإعطاء الموصى له ببقية الثلث جميع الثلث؛ لأنه لم يبق له مزاحم.

وذهب آخرون: بتقويم المعينات المنجزة، وإسقاط قيمتها من الثلث ويرجع ميراثاً، والباقي يعطى للموصى له ببقية الثلث[1].

❋ ❋ ❋

المطلب الرابع
كيفية المحاصة

الهدف من المحاصة هو تحقيق العدل بين الموصى لهم بإدخال النقص على حقوقهم بنسب متساوية، وللوصول إلى ذلك هناك طرق، منها:

١ ـ أن تجمع الوصايا كلها، وينسب ثلث التركة إليها مجتمعة، ثم يعطى لكل واحد من وصيته بحسب تلك النسبة.

مثال ذلك: أوصى لشخص بألف، ولآخر بشيء يساوي ألفين، ولثالث بسيارة تساوي ألفاً وخمسمئة، وبملابس للفقراء تساوي خمسمئة، والتركة كلها ثلاثة آلاف.

مجموع الوصايا خمسة آلاف، وثلث التركة ألف، فإذا نسب إلى خمسة آلاف كان خمسها، فيعطى كل واحد خمس وصيته.

للأول: ٢٠٠، وللثاني ٤٠٠، وللثالث ٣٠٠، وللرابع ١٠٠، المجموع ألف وهو مبلغ الثلث.

٢ ـ أن تجمع الوصايا كلها، ثم تنسب كل وصية إلى مجموع الوصايا،

(١) المعيار ٥١٧/٩.

وبتلك النسبة يأخذ كل واحد حصته من الثلث، ففي المثال المذكور إذا نسبت الأولى إلى مجموع الوصايا تجدها خمساً، فيعطي خمس الثلث وهو ٢٠٠، وإذا نسبت الثانية إلى المجموع تجدها خمسين، فيعطي صاحبها خمسي الثلث وهو ٤٠٠، وإذا نسبت الثالثة إلى المجموع ساوت ثلاثة أعشار الثلث فيعطى الموصى له بها ٣٠٠، والرابعة تساوي العشر، فيعطي صاحبها العشر ١٠٠، وهكذا.

وفي حالة ما إذا كانت الوصايا بأعيان معينة، فإن المحاصة تقع بقيمتها بعد تقويمها.

وتقويم التركة لتعرف نسبتها إليها، فإذا أوصى لشخص بدار قيمتها ألف، ولآخر مزرعة قيمتها ألفان، وللثالث سيارة قيمتها ثلاثة آلاف، والتركة قيمتها ستة آلاف، فإن الموصى له بالدار موصى له بالسدس، والموصى له بالمزرعة موصى له بالثلث، وصاحب السيارة موصى له بالنصف.

وبهذه النسب تقع المحاصة بينهم فيقسم الثلث على ستة مجموع الحصص، ويأخذ الموصى له بالدار سدس الثلث، والموصى له بالضيعة ثلث الثلث، والموصى له بالسيارة نصف الثلث.

كما أنه إذا كانت الوصية بمبالغ نقدية، فإنه لا بد من تقويم التركة لتعرف نسبة كل وصية إليها، ثم تقع المحاصة بتلك النسب، فإذا كانت الوصية لشخص بألف، ولآخر بثلاثة آلاف، ولثالث بخمسمئة، وقومت التركة بأربعة آلاف، فإن صاحب الألف موصى له بالربع، وصاحب الثلاثة آلاف موصى له بثلاثة أرباع، وصاحب الخمسمئة موصى له الثمن.

وبهذه النسب يقتسمون الثلث بينهم على تسعة، مجموع الحصص، الربع، وثلاثة أرباع، والثمن، للموصى له بألف تسعا الثلث، وللموصى له بثلاثة آلاف ستة أتساع الثلث، وللموصى له بخمسمئة تسع السدس.

وهكذا إذا كانت الوصايا متنوعة بعضها أعيان وبعضها أعداد، وبعضها أجزاء شائعة، فإنه تقوم المعينات، وتقوم التركة، ثم تقوم المحاصة بعد ذلك.

ويجب التنبيه إلى أنه بعد المحاصة يعطى الموصى لهم بالمعينات ما ينوبهم في المحاصة في العين الموصى لهم بها[1].

فإذا كانت الوصية بدار وثلث، فإن صاحب الدار يأخذ حصته في الدار، وصاحب الثلث يأخذ حصته شائعة في التركة.

❋ ❋ ❋

المطلب الخامس
المحاصة بين حقوق الله تعالى

إذا كانت الوصايا كلها من حقوق الله ﷻ.

فتحته مسائل[2]:

المسألة الأولى: أن تكون الوصايا من الواجبات:

فلا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: أن يوصي بإخراجها من رأس المال:

إذا أوصى بإخراج الواجبات من ثلث المال فإنها تخرج من ثلث المال بالاتفاق.

---

(١) المدونة ٤/٣٠٧، الوصايا ص٤٩٢.

(٢) التعدد في الوقف والوصية والهبة ص٥٠٣، وينظر: أحكام المحاصة ص٩٨.

وإذا أوصى بإخراج الوصايا من رأس المال، فقد اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: أن الوصية تخرج من رأس المال[١].

وهو قول الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: تخرج من الثلث.

وهو قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[٦].

وجه الدلالة: أن هذه الآية عامة في تقديم جميع الديون سواء كانت لله تعالى، أو للمخلوقين، على حق الورثة، ومن ثم تخرج من رأس المال تقديماً لها على الميراث[٧].

---

(١) واختلف القائلون باعتبارها من رأس المال في طريقة توزيع رأس المال إذا ضاق عن الواجبات على قولين:
أحدهما: المحاصة بين الواجبات، وأنه لا يقدم بعضها على بعض، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة.
والثاني: تقديم بعض الواجبات على بعض، وهو قول عند الحنابلة.
المغني ٨/ ٥٤٣، الإنصاف ١٧/ ٢٧٤، الإقناع ٣/ ١٤٠.

(٢) البيان ٨/ ١٨٤، مغني المحتاج ٤/ ١٠٧، النجم الوهاج ٦/ ٣٠٤.

(٣) المغني ٨/ ٥٤٣، مختصر الفتاوى المصرية ص٤١٧، الفروع٤/ ٥٠٩، الإنصاف١٧/ ٢٧٤.

(٤) روضة القضاة ٢/ ٦٧٢، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٧٥، تقريرات الرافعي على رد المحتار ١٠/ ٣٧٥.

(٥) المعونة ٢/ ٥٢٩، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٢/ ١٠١٩، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣.

(٦) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٧) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/ ٢٧٤، المحلى ٤/ ٢٠٣.

٢ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال: «نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء»[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ شبه قضاء الحج بقضاء دين الآدمي، ودين الآدمي يكون بالإجماع، فكذلك ما شبه به في القضاء[٢].

دليل القول الثاني:

أن من أخر الواجبات أو الديون لله ﷻ، ثم أوصى بها قبل وفاته متهم بالنسبة للورثة لتستغرق هذه الواجبات جميع المال فكان قصداً باطلاً، فتعامل هذه الواجبات معاملة الوصايا، فإن أوصى بها أديت من الثلث، وإلا فلا[٣].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه نظر مقابلة الأثر، فلا يحتج به.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الثاني.

المسألة الثانية: ألا يضيق الثلث على الواجبات، فإذا لم يضق الثلث عن الواجبات فهنا تنفذ جميع الوصايا بالاتفاق[٤].

---

(١) تقدم تخريجه برقم (٢١).

(٢) انظر: إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام ٢/ ٢٣٠ ـ ٢٣١، فتح الباري ٤/ ٧٩.
قال ابن حجر: «ويلتحق بالحج كل حق ثبت في ذمته من كفارة أو نذر أو زكاة أو غير ذلك».

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٤٦، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣.

(٤) عيون المسائل ص١٥٧، روضة القضاة ٢/ ٦٧٢، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٣، المقدمات ٣/ ١٢١، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢١، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٨، المهذب ١/ ٥٩١، البيان ٨/ ١٨٤، النجم الوهاج ٦/ ٣٠٤، المغني ٨/ ٥٤٣، الشرح الكبير ١٧/ ٢٧٦، المبدع ٦/ ٢٩، التعدد في الوقف والوصية والهبة ص٥٠٣، وينظر: أحكام المحاصة ص٩٨.

المسألة الثالثة: أن يضيق الثلث عن الواجبات، وقد أوصى بإخراجها منه.

فإن أجاز الورثة ما زاد عن الثلث، فتنفذ جميع الوصايا بالاتفاق[(١)].

فإن لم يجز الورثة عن الثلث، فتحته قسمان:

القسم الأول: أن ينص الموصي في وصيته على تقديم بعض الواجبات على بعض.

فيقدم على ما نص على تقديمه اتباعاً لوصيته بالاتفاق[(٢)].

القسم الثاني: أن لا ينص في تقديم بعض الواجبات على بعض.

إذا لم ينص وضاق الثلث، للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه إذا ضاق الثلث عن الوصايا تمم من رأس المال.

وهو قول الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

القول الثاني: إذا ضاق الثلث عن الوصايا لم يتمم من رأس المال.

وهو قول الحنفية[(٥)]، والمالكية[(٦)].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٥٨، روضة القضاة ٢/ ٦٧٤، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، المقدمات ٣/ ١١٧، القوانين الفقهية ص٣٠٠، المهذب ١/ ٥٨٨، فتح الوهاب ٢/ ١٥، الإنصاف ١٧/ ١٢٢، المبدع ٦/ ١٠.

(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨، تكملة البحر الرائق ٨/ ٥٠٣، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٧٥، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٦، المنتقى ٨/ ١١٥، المقدمات ٣/ ١٢١، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢١، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٨، الحاوي الكبير ٨/ ٢١١، روضة الطالبين ٦/ ١٣٦، النجم الوهاج ٦/ ٢٤٤، التوضيح ٢/ ٨٢٥، الإقناع ٣/ ٧٢، ٩٦.

(٣) المهذب ١/ ٥٩٣، البيان ٨/ ١٨٤.

(٤) المغني ٨/ ٥٤٣، الشرح الكبير ١٧/ ٢٧٦، المبدع ٦/ ٢٩ - ٣٠.

(٥) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، الهداية ٤/ ٥٢٨، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨، لسان الحكام ص٤١٩، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٧٤.

(٦) المقدمات ٣/ ١٢١، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٨، الفتح الرباني ٢/ ٨٣.

فعند الحنفية فلا يخلو الأمر عندهم: إما أن تكون متحدة في رتبة واحدة، كأن تكون كلها فرائض، أو كلها واجبات، أو كلها مندوبات، فيُقدَّم منها ما بدأ به الميت في كلامه؛ لأن البداية دليل اهتمامه.

فإن كان بعضها أقوى من بعض بدئ بالأقوى والأهم، كأن يكون أوصى بوصايا بعضها فرائض وبعضها واجبات، كصدقة الفطر ـ عندهم ـ أو مندوبات، فتقدم الفريضة، ثم بعد ذلك الواجب، ثم المندوب؛ لأن الفرض أهم من النفل في الشرع، حتى وإن كان الموصي قد أخّر الفرض في كلامه.

وقيل: تقدم الزكاة على الحج، وقيل: العكس، وهما على الكفارات.

وقيل: تقدم كفارة القتل، ثم اليمين لانتهاك حرمة الاسم، ثم الظهار، ثم زكاة الفطر، ثم النذر، ثم الأضحية.

وقيل: يقدم العشر على الخراج.

وقيل: يقدم من النوافل الصدقة، ثم حج النفل، ثم العتق.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أدلة القول الأول بإتمام النقص من رأس المال: هي الأدلة الدالة على وجوب إخراج الواجبات من رأس المال[1].

دليل القول الثاني:

يمكن أن يستدل للقول بعدم إتمام النقص من رأس المال: بأن فيه اتباعاً لوصية الموصي ووقوفاً عند شرطه.

ويمكن أن يناقش: بأن هذا الاستدلال بالمعقول في مقابلة النصوص السابقة، فلا يصح.

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٥٢.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل قول الآخر.

المسألة الرابعة: أن يوصي بالواجبات ويطلق:

إذا أطلق الموصي الوصية بالواجبات، فلم يقل: من رأس المال، ولا من الثلث، فقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - فيما تعتبر منه الوصية على قولين:

القول الأول: أن هذه الوصية تعتبر من رأس المال.

وهو أصح الوجهين عند الشافعية[(١)]، وقول الحنابلة[(٢)].

القول الثاني: أن هذه الوصية تعتبر من الثلث.

وهو قول الحنفية[(٣)]، والمالكية[(٤)]، ووجه عند الشافعية[(٥)].

الأدلة:

الأدلة هنا هي الأدلة على الجانب الأول نفسها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة دليله، وضعف دليل القول الثاني ومناقشته.

المسألة الخامسة: أن تكون الوصايا كلها تبرعات:

كحج التطوع، وصدقة التطوع، وغيرهما، فإنها تعتبر من الثلث باتفاق

---

(١) المهذب ١/ ٥٩١، الوسيط في المذهب ٤/ ٤٢٣، البيان ٨/ ١٨٤، روضة الطالبين ٦/ ١٣١، التعدد في الوقف والوصية والهبة ص٥٠٣، وينظر: أحكام المحاصة ص٩٨.

(٢) الهداية لأبي الخطاب ص٣٤٤، المغني ٨/ ٥٣٣، المحرر ١/ ٣٨١، المبدع ٦/ ٢٩، غاية المنتهى ٦/ ٢٠٠.

(٣) عيون المسائل ص١٥٧، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤.

(٤) المقدمات ٣/ ١٢١، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢٢.

(٥) المهذب ١/ ٥٩١، البيان ٨/ ١٨٤.

الأئمة، إذا لم يضق الثلث عنها، فإن ضاق الثلث عنها، وزادت عليه، فإن أجازها الورثة نفذت بالاتفاق[١].

وإن لم يجزها الورثة فتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن ينص الموصي على تقديم بعض التبرعات على بعض.

فإن نص على تقديم بعض الوصايا فيقدم ما نص عليه اتباعاً لنصه، وهذا باتفاق الأئمة[٢].

القسم الثاني: أن لا ينص الموصي على تقديم بعض التبرعات على بعض.

فإن ضاقت عن الثلث، ولم يجز الورثة ما زاد عنه، فقد اختلف العلماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المحاصة بين الوصايا في الثلث، وأنه لا يقدم بعضها على بعض.

وهو قول المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢١١، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢١، الحاوي الكبير ٨/ ٢١١، المهذب ١/ ٥٩٣، الإنصاف ١٧/ ١٣٧، مطالب أولي النهى ٦/ ١٦٣.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٣، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨، المنتقى ٨/ ١١٥، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢١، الحاوي الكبير ٨/ ٢١١، روضة الطالبين ٦/ ١٣٦، الإقناع للحجاوي ٣/ ٧٢، ٩٦.

(٣) المقدمات ٣/ ١٢١، مواهب الجليل ٦/ ٣٧٨.

(٤) الحاوي الكبير ٨/ ٢١١، روضة الطالبين ٦/ ١٣٥.

(٥) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/ ١٣٦ ـ ١٣٧، الفروع ٤/ ٥٠٨، مطالب أولي النهى ٦/ ١٦٣ التعدد في الوقف والوصية والهبة ص٥٠٣، وينظر: أحكام المحاصة ص٩٨.

القول الثاني: البدء بما به الموصي في النطق حتى ينقضي الثلث، ويكون النقص على المتأخر.

وهو المعتمد عند الحنفية[١].

القول الثالث: تقديم الأفضل فالأفضل من الوصايا[٢].

وهو قول عند الحنفية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أدل القول بالمحاصة بين الوصايا في الثلث، وأنه لا يقدم بعضها على بعض ما يأتي:

الدليل الأول: أن هذه الوصايا متحدة الرتبة - وهي التبرع - فتقديم بعضها على بعض ترجيح بلا مرجح[٤].

الدليل الثاني: القياس على قسمة التركة بين أرباب الديون بالمحاصة إذا ضاقت عن الوفاء[٥].

دليل القول الثاني:

دليل القول بالبدء بما بدأ به الموصي في النطق:

أنه هذه الوصايا عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات، فيرجح بالبداية؛ لأن البداية دليل اهتمامه بما بدأ به؛ لأن الإنسان يبدأ بالأهم فالأهم عادة[٦].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢١١، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨.

(٢) على خلاف بينهم في ذلك.

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ٢١١، بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٥، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨.

(٤) أسهل المدارك ٢/ ٣٣٠، مسالك الدلالة ص٢٥١.

(٥) النجم الوهاج ٦/ ٢٤٥، شرح التنبيه ٢/ ٥٤٨.

(٦) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٤، تحفة الفقهاء ٣/ ٢١١، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٩.

ونوقش: بأن قولكم: لا يمكن الترجيح بالذات مسلم.

وأما القول: بأنه يرجح بالبداية، فغير مسلم؛ إذ لو أراد الموصي تقديم ما بدأ به في النطق لبينه، فلما أطلق الوصية دل على أنه إنما أراد التسوية بين هذه الوصايا، وطريق ذلك المحاصة.

دليل القول الثالث:

دليل القول بتقديم الأفضل فالأفضل من الوصايا:

أن بعض هذه الوصايا أفضل من بعض، فتكون أولى بالتقديم[١].

ونوقش: بأنه لا يسلم أن الأفضل أولى بالتقديم؛ إذ لو أراد الموصي لبينه، فدل على أنه أراد التسوية بين هذه الوصايا ـ كما سبق ـ فتقديم الأفضل ترجيح بلا مرجح.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها وسلامتها من الاعتراض مع ضعف أدلة المخالفين؛ لما ورد عليها من مناقشة، وأن هذا القول أقرب إلى تحقيق غرض الموصي الذي لو قصد تقديماً أو تفضيلاً لبينه.

المسألة السادسة: إذا كانت الوصايا من حقوق الله تعالى متفاوتة:

فتحتها أمران:

الأمر الأول: أن يوصي بأداء الواجبات من الثلث، ويوصي معها بتبرعات.

إذا أوصى شخص بأداء الواجبات من الثلث، وأوصى معها بتبرعات، وضاق عنها الثلث، ولم يجز الورثة الزائدة، ولم يكن الموصي قد رتب بينها

---

(١) شرح العناية على الهداية ١٠/ ٤٧٢، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٧٦.

ـ كما لو أوصى بزكاة وحج تطوع وصدقة ـ فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في طريقة توزيع الثلث على الوصايا على قولين:

القول الأول: تقديم الواجبات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات، وإلا بطلت الوصايا بالتبرعات.

وهو قول الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، ووجه عند الشافعية[(٣)]، والمذهب عند الحنابلة[(٤)].

القول الثاني: أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها ـ الواجب والتبرع ـ بالحصص، وما بقي من الواجب تمم من رأس المال.

وهو وجه عند الشافعية[(٥)]، وقول عند الحنابلة[(٦)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أولاً: الأدلة على تقديم الواجبات على التبرعات ما يأتي:

الدليل الأول: أن الواجبات آكد من التبرعات فتقدم عليها؛ لأن التأكيد له أثر[(٧)].

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٥٥٦، تبيين الحقائق ٦/١٩٨، رد المحتار على الدر المختار ١٠/ ٣٧٤.

(٢) التلقين ص١٧٢، المقدمات ٣/١٢١، ١٢٣، التاج والإكليل ٦/٣٧٦.

(٣) الحاوي الكبير ٨/٢١١، المهذب ١/٥٩٣.

(٤) المغني ٨/٥٤٣، الإنصاف ١٧/٢٧٦، غاية المنتهى ٦/ ٢١٠.

(٥) المهذب ١/٥٩٣، البيان ٨/١٩٩.

(٦) المستوعب ٢/٥١٦، المغني ٨/٥٤٣، الفروع ٤/٥١٠، قال ابن مفلح: «وقيل: يتزاحمان فيه، وباقي الواجب من ثلثيه»، الإنصاف ١٧/٢٧٧.

(٧) الممتع في شرح المقنع ٤/٢١٧. وانظر: تبيين الحقائق ٦/١٩٨، البيان ٨/٢٩٩.

الدليل الثاني: أن الواجبات تخرج صاحبها عن العهدة، والنوافل تحصل له زيادة الثواب، والأول أولى فيقدم[١].

الدليل الثالث: أن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع، فإذا عينه في الثلث وجب البداية به، وما فضل للتبرع[٢].

ثانياً: الدليل على كون الفاضل من الثلث لوصايا التبرعات:

أن صاحب التبرع كان يستحق جميع ما أوصي له به لولا مزاحمة الواجب، فإذا زالت المزاحمة استحق الفضلة؛ عملاً بالوصية السالمة عن المزاحمة[٣].

ثالثاً: الدليل على بطلان الوصايا بالتبرعات إذا لم يفضل من الثلث شيء:

أنها لم تصادف محلاً، أشبه من وصي له بشيء، فلم يخلف الميت شيئاً[٤].

دليل القول الثاني:

دليل القول بقسمة الثلث بين الوصايا كلها بالحصص:

القياس على قسمة الثلث بين الموصى لهم من العباد على قدر سهامهم إذا ضاق عنها الثلث، ولم يجز الورثة ما زاد عنه؛ وذلك لاستواء الواجبات والتبرعات في الوصية بها[٥].

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٧٢ ـ ٧٣.
(٢) الشرح الكبير ١٧/ ٢٧٦، كشاف القناع ٤/ ٣٥٢، مطالب أولي النهى ٦/ ٢٠١.
(٣) الممتع في شرح المقنع ٤/ ٢١٧.
(٤) الممتع في شرح المقنع ٤/ ٢١٧.
(٥) الممتع في شرح المقنع ٤/ ٢١٧، المبدع ٦/ ٣٠.

ويتمم الواجب من رأس المال؛ لأنه لابد من وفائه، ولم يبق من الثلث ما هو محل له[(١)].

ونوقش: بأن هذا يدخله الدور[(٢)]؛ لأنه لا يعلم قدر الثلث حتى يعلم ما تتمة الواجب، ولا يعلم تتمة الواجب حتى يعلم ما يستحقه بالمزاحمة، ولا يعلم ما يستحقه بالمزاحمة حتى يعلم الثلث[(٣)]، وإذا دخله الدور، فإنه لا يصح.

الترجيح:

الأرجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل القول الآخر لما ورد عليه من المناقشة، وأن هذا القول فيه انضباط يؤدي إلى سهولة التطبيق بخلاف القول الآخر.

الأمر الثاني: أن يوصي بأداء الواجبات، ويوصي معها بتبرعات، ولا ينص على إخراج الواجبات من الثلث.

ينبني الكلام في هذه الحالة على ما تعتبر منه الوصايا إذا كانت كلها واجبات، وأطلق الموصي الوصية، ففيها خلاف - بين الفقهاء رحمهم الله - على قولين:

القول الأول: اعتبار الوجبات من رأس المال، قال بإخراجها قبل التبرعات، ويكون للتبرعات ثلث الباقي[(٤)].

---

(١) الممتع في شرح المقنع ٤/٢١٧، البيان ٨/ ٢٠٠، التعدد في الوقف والوصية والهبة ص٥٠٣، وينظر: أحكام المحاصة ص٩٨.

(٢) الدور: هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه، التعريفات ص٤٧.

(٣) الممتع في شرح المقنع ٤/٢١٧، الشرح الكبير ١٧/٢٧٧، المبدع ٦/ ٣٠.

(٤) مثال ذلك كما في الإقناع ٣/ ١٤٠: «من تكون تركته أربعين، فيوصي بثلث ماله، =

وهو الصحيح عند الشافعية[١]، وقول عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: اعتبار الواجبات من الثلث قال بإخراجها قبل التبرعات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات[٣]، وإن لم يفضل شيء سقطت الوصايا بالتبرعات.

وهو قول الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، ووجه عند الشافعية[٦].

الأدلة:

دليل القول الأول:

دليل القول بإخراج الواجبات قبل التبرعات، وأن للتبرعات ثلث الباقي:

أن الواجبات يجب إخراجها من رأس المال؛ لما تقدم، فيكون جميع ماله الذي يملك التصرف في ثلثه الباقي بعد أداء الواجبات، وإذا كان الباقي بعد أداء الواجبات هو جميع ماله وجب اعتبار الثلث منه[٧].

دليل القول الثاني:

أولاً: الدليل على اعتبار الواجبات من الثلث:

ما تقدم من اتهام الموصي على الورثة.

= وعليه دين عشرة، فتخرج العشرة أولاً، ويدفع إلى الموصى له عشرة، وهي ثلث الباقي بعد الدين».

(١) المهذب ١/ ٥٩١، البيان ٨/ ١٨٤، روضة الطالبين ٦/ ١٣١.

(٢) المغني ٨/ ٥٤٤ ـ ٥٤٥، المبدع ٦/ ٢٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٤٧.

(٣) وفي طريقة توزيع الفاضل من الثلث إذا ضاق عن التبرعات خلاف على ثلاثة أقوال كما تقدمت.

(٤) بدائع الصنائع ١٠/ ٥٥٦، الهداية ٤/ ٥٢٨، تبيين الحقائق ٦/ ١٩٨.

(٥) التلقين ص١٧٢، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ١٢٢١، التاج والإكليل ٦/ ٣٧٦.

(٦) المهذب ١/ ٥٩١، منهاج الطالبين ٤/ ١٠٨.

(٧) الممتع في شرح المقنع ٤/ ٢١٦ وينظر: أحكام المحاصة ص١١٨.

ونوقش: بما ذكر سابقاً من أن هذا استدلال بالمعقول في مقابلة النصوص السابقة، فلا تقوم به حجة.

ثانياً: الدليل على إخراج الواجبات قبل التبرعات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات، وإن لم يفضل شيء سقطت الوصايا بالتبرعات.

ما تقدم في الحالة الأولى.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل المخالف لما ورد عليه من المناقشة.



المطلب السادس
المحاصة عند تزاحم دين الله، ودين الآدمي بتركة الميت

ديون العباد، وديون الله إذا تعلقت بالتركة، فإن كانت تكفي للدينين وُفِّيت الديون جميعاً.

جاء في مواهب الجليل نقلاً عن ابن رشد قوله: «أما الحقوق التي ليست بمعينات ـ الديون المرسلة ـ فإن كان في التركة وفاء بها أخرجت كلها، وإن لم يكن فيها بدئ بالأوكد فالأوكد منها، وما كان بمنزلة واحدة تحاصّوا في ذلك»[1].

---

(١) ٨/ ٥٨٢.

قال البهوتي: «فإن كان معها ـ أي: الزكاة ونحوها ـ من ديون الله تعالى دين آدمي بلا رهن، وضاق ماله ـ أي: الميت ـ اقتسموا التركة بالحصص كديون الآدميين إذا ضاق عليها المال إلا إذا كان به ـ أي: دين الآدمي ـ رهن، فيقدم الآدمي بدينه من الرهن»[1].

وقال أيضاً: «ويبدأ منها ـ أي: الديون ـ بالمتعلق بعين المال كدين برهن، وأرش جناية برقبة الجاني ونحوه، ثم الديون المرسلة في الذمة سواء كانت الديون لله تعالى كزكاة المال . . . أو كانت لآدمي كالديون من قرض. . . . فإن ضاق المال تحاصوا»[2].

أما إذا ضاقت التركة عن الدينين، فننظر في ديون العباد: فإن كانت متعلقة بالعين، أو أخذ عليها رهن ونحوه قُدِّمت على ديون الله، وأما إذا كانت ديون العباد مرسلة غير متعلقة بالذمة، فقد اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول: تقديم ديون العباد على ديون الله، فتؤدى ديون العباد، ثم بعد ذلك ديون الله.

وهو مذهب المالكية[3].

---

(١) انظر: كشاف القناع ٢/ ٢٤٨.

(٢) انظر: المرجع السابق ٤/ ٣٩٢.

(٣) المدونة ٤/ ٣٦٣، المنتقى شرح الموطأ ٨/ ١٠٨، ١١٥، حاشية الخرشي ٨/ ٤٨٧ ـ ٤٩٢، حاشية العدوي ٢/ ٢٩٤ ـ ٣٠١، شرح منح الجليل ٤/ ٦٧٤ ـ ٦٨٦، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١، مواهب الجليل ٨/ ٥٨٢.
فعند المالكية: يبدأ بما نص الموصي على التبدئة به فيما يجوز له فيه الرجوع، فإن لم ينص على تبدئة بعض على بعض، فإنه يبدأ بالأهم فالأهم، والآكد فالآكد، تقدم أو تأخر، يبدأ بحقوق العبد، ثم بحقوق الله، ثم بالوصايا بالمال تبرعاً.
وحقوق العباد المبدأة على حقوق الله عندهم أربعة:
الديون، والتبرعات في المرض، وفك الأسير، وصداق المريض، وهي مرتبة على هذا الترتيب يبدأ أولاً بديون العبد الثابتة ببينته، أو إقرار في الصحة أو المرض لمن لا يتهم=

. . . .

= عليه وتخرج من رأس المال، أوصى بها أم لا؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ وتقدم ديون العبد على ديون الله؛ لحاجة العبد إلى دينه واستغنائه تعالى عن ذلك.

ثم التبرعات في المرض من هبة، وصدقة، وحبس، ونحو ذلك، وهي بعد ديون الآدمي، ومقدمة على فك الأسير، وما بعده من الوصايا على المشهور في مذهب مالك، ولو وصى بتقديم غيرها عليها فإنه لا يعمل بوصيته؛ لأنها لازمة بالعقد ولا رجوع فيها، ولو عمل بقوله قدموا عليها كذا، أو ابدؤوا بكذا لأدى ذلك إلى إلغائها عند ضيق الثلث عنها، فيتوصل بذلك إلى الرجوع عنها.

ثم فك أسير أوصى به في صحته أو مرضه، إذا لم يكن وجب عليه في حياته، فإن كان وجب عليه بدئ به من رأس المال، أوصى به أو لم يوص؛ لأنه واجب.

ثم صداق مريض تزوج في مرضه، ودخل بالزوجة في مرضه، ومات من مرضه، أوصى به أو لم يوص، فإنه يخرج من ثلثه مقدماً على حقوق الله، وبعد فك الأسير؛ لأنه حق للمرأة تقرر لها بالوطء، وإنما أخر عن فك الأسير لما في فك الأسير من تخليصه من الأذى الذي لا يوجد في غيره.

وبعد هذه الحقوق الآدمية تأتي حقوق الله من زكاة، وكفارات، ونذور، وهي مرتبة فيما بينها عند المالكية، حسب أهميتها، وآكدها زكاة المال، ثم زكاة الفطر، ثم كفارة الظهار، والقتل، ثم كفارة اليمين، فكفارة الفطر، فكفارة التأخير، والنذر على التفصيل التالي:

يبدأ أولاً بعد الأربعة السابقة بالزكوات التي فرط فيها للأعوام الماضية إذا أوصى بها، سواء في ذلك زكاة العين، والحرث، والماشية، فإن اعترف بها ولم يوص بها أمر ورثته بإخراجها، ولم يجبروا على ذلك، إلا أن يشهدوا في صحته ببقائها في ذمته، فإنها تخرج من رأس المال، كسائر الديون لانتفاء التهمة.

كما أن زكاة الحرث والماشية الحالة تخرج من رأس المال، أوصى بها أو لم يوص بخلاف زكاة العين الحالة، فإنها لا تخرج من رأس المال إلا إذا اعترف بها، وأوصى بإخراجها في صحته أو مرضه فإن لم يوص بها ولم يعترف بحلولها لم تخرج، ويحمل على أنه أخرجها، كما أنه إذا اعترف بحلولها ولم يوص بإخراجها لم يجبر الورثة على إخراجها. =

. . . .

= وتأتي بعد زكاة المال زكاة الفطر المفرط فيها إذا أوصى بإخراجها، وأما الحاضرة فتخرج من رأس المال إذا أوصى بها، وإن لم يوص بها لم يجبر الورثة على إخراجها وإنما أخرت زكاة الفطر عن زكاة المال؛ لأن الأولى واجبة بالكتاب، وهذه واجبة بالسنة، والمقطوع به أقوى من المظنون فيقدم عليه.

وفي المرتبة الثالثة: كفارة الظهار وكفارة قتل الخطأ وهما في درجة واحدة لثبوتهما معاً بالكتاب، فإن لم يحمل الثلث إلا إحداهما أقرع بينهما، وقيل: يتحاصان لتساويهما، وقيل: تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار ثم بعد ذلك كفارة اليمين، وأخرت عن كفارتي القتل والظهار وإن كانت الثلاثة واجبة بالكتاب؛ لأنها واجبة على التخيير وهما واجبتان على الترتيب.

وبعد كفارة اليمين: كفارة الفطر في رمضان أخرت عن كفارة اليمين؛ لأنها واجبة بالكتاب، وكفارة الفطر واجبة بالسنة، كما قيل في تقديم زكاة المال على زكاة الفطر، إلا أن هذا التوجيه يقتضى تقديم كفارات الظهار، والقتل، واليمين على زكاة الفطر لوجوبها بالكتاب ووجوب زكاة الفطر بالسنة.

وبعد كفارة الفطر كفارة التفريط في قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر وأخرت عن كفارة الفطر؛ لأن كفارة الفطر ثابتة بالسنة، ومجمع عليها، ولجبر الخلل الواقع في ذات الصوم بإفساده، وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد، ومختلف فيها بين الفقهاء، ولجبر الخلل في تأخير القضاء فقط.

وبعد كفارة التفريط النذر اللازم في الصحة أو المرض على المشهور إذا أوصى به، كما قال ابن أبي زيد، وقيل: نذر المرض مؤخر عن نذر الصحة؛ لأنه بمنزلة التبرع بالمال في المرض فيعطى حكم الوصية بالمال، أوصى به أم لا، بخلاف نذر الصحة فلا بد من الإيصاء به، ووجه تأخير النذر عن كفارة التفريط: بأن النذر أدخله الموصي على نفسه، والإطعام في كفارة التفريط واجب بنص الكتاب والسنة، فكان أقوى من النذر، والنذر أضعف منه.

ثم يلي النذر الوصية بالمال: الوصية بالجزء الشائع، أو الوصية بمعين، أو الوصية بعدد من النقود.

واختلف في الوصية بالعدد والوصية بالجزء على أقوال ثلاثة كما سبق كما اختلف في اجتماع الوصية بالمال والوصية بالحج الواجب، فقيل: تقدم الوصية بالمال؛ لأن=

وقول عند الحنابلة[١] في حالة إذا لم يتعلق دين الله بالذمة.

القول الثاني: أن ديون الله تسقط بالموت، وحينئذ تقدم ديون العباد، إلا إذا أوصى الميت بهذه الديون، فتخرج حينئذ من ثلث ماله.

وهو مذهب الحنفية[٢].

القول الثالث: تقديم ديون الله على ديون العباد.

وهو مذهب الشافعية[٣]،

= الوصية بالحج مكروهة عند المالكية، والوصية بالمال مستحبة، والمستحبة أولى من المكروه.

وقيل: يتحاصان إذا كان الحج فريضة.

واتفقوا على أن الوصية بالمال كيفما كان مقدمة على حج التطوع، كما تقدم الوصية بمنفعة معين على الوصية برقبته.

(١) الإنصاف ٦/ ٣٨٥.

(٢) المبسوط ٢/ ٢٤٨، تبيين الحقائق ٧/ ٤٧٢.

فعند الحنفية: إن أوصى لقوم بأعيانهم وأوصى مع ذلك بوصايا لله، فما كان لعباده يتحاصون فيه فيما بينهم في الثلث، وما كان لله يقدم بحسب الأقوى، الفرائض ثم الواجبات ثم النوافل، فإن كانوا سواء يقدم بما بدأ به الموصي.

والطريقة في ذلك: بأن يقسم ثلث ماله نصفين: نصف لعباده يتحاصون فيه، والنصف الآخر وهو ما كان لله يقدم الأقوى فالأقوى.

فإن كان مع الوصايا لله قد أوصى لواحد معين، كأن قال: ثلث مالي يُصرف في الحج والزكاة والكفارات ولزيد، فإن الثلث يُقسم على أربعة أسهم لكل واحد سهم.

(٣) أسنى المطالب ٢/ ٤٩.

فعند الشافعية: أن الموصي إذا أوصى بوصايا تزيد عن الثلث، ولم تجز الورثة، فلا تخلو هذه الوصايا إما أن تكون متعلقة بالموت، أو منجزة:

فإن كانت متعلقة بالموت، فلا تخلو:

إما أن تكون عتقاً، أو غيره:

فإن كانت الوصايا عتقاً فَحَسْب، كأن أوصى بعتق خالد، ومحمد، وسالم أقرع بينهم، =

والظاهرية[١]، وقول عند الحنابلة[٢].

القول الرابع: أنه إذا كانت هناك ديون لله وديون للعباد وضاقت عنها التركة، فتقسم التركة بين الدينين بالمحاصة.

وهو المذهب عند الحنابلة[٣].

= ولا يعتق من كلٍّ بعضه، ولا يقدم العتق المعلق بالموت على الموصي بعتقه؛ لأن وقت استحقاقهما واحد، وقال بعضهم: تقع مُرَتَّبة.

فإن كانت الوصايا غير العتق، فيتحاصون في الثلث باعتبار القيمة، أو المقدار، كقسمة التركة بين أرباب الديون، وكالعول في الفرائض.

فإذا اجتمع العتق وغيره، كأن أوصى لسالم بمال، وبعتق زيد، قُسِّط الثلث عليهما بالقيمة، وفي قول: يُقدم العتق لتعلق حق الله، وحق الآدمي به.

أما إذا كانت الوصايا منجزة، فلا تخلو الوصايا:

إما أن تكون دفعة واحدة أو لا، فإن لم تكن دفعة واحدة قدّم الأول منها فالأول، وخرجت من الثلث؛ لقوتها وعدم حاجتها إلى إجازة الورثة، سواء كان فيها عتق أم لا، اتحد جنسها أم لا.

أما إذا كانت هذه الوصايا قد وقعت دفعة واحدة، فلا تخلو:

إما أن تكون متحدة الجنس، كعتق عبيد، أو إبراء جمع، فيُقرع في العتق خاصة: لحديث عمران بن حصين رضي الله عنه: «**أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً**»، والأصل عند الشافعي: أن تقسط عليهم القيمة، ولكن ترك هذا الأصل في العتق للحديث.

وإن كانت قد اختلفت جنس الوصايا، فإن كان فيها عتق قُدِّم العتق، وقال البعض: يقسط الثلث على الوصايا محاصَّة، وإن لم يكن فيها عتق تحاصوا في الوصايا.

ويرى الشافعية: أن المحاصة تقع في الموصى به حتى وإن كان فيها واجب كالحج الواجب، وإن كان في الحقيقة يعتبر الحج الواجب من قبل الديون.

(١) المحلى ٨/ ٣٠٤.

(٢) انظر: الإنصاف ٦/ ٣٨٥.

(٣) كشاف القناع ٢/ ٤٨، الفروع ٢/ ٢٧٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(٢٣٨) ١ - ما رواه البخاري من طريق يزيد بن أبي عبيد، عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ أُتي بجنازة ليصلي عليها فقال: **«هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله»**[(١)].

ففي حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: دليل على أن ديون الخلق تُقَدَّم على ديون الله؛ لأن النبي ﷺ لما سأل عن الميت هل عليه دين؟ أجاب أبو قتادة فقال: نعم عليه ديناران، ولم يقل النبي ﷺ: هل عليه دين لله من زكاة ونحوها.

٢ - أن نفوس الآدميين أشح، والله تعالى بحقوقه أسمح، ولذلك جعل لها أبدالاً، وأسقطها بالشبهات، فتُقدم حقوق العباد على حقوق الله، وأشار إلى هذا المعنى ابن رجب - رحمه الله -[(٢)].

٣ - أن مستحقيها متعيّنون، وحقوق الله تعالى لا يتعين مستحقها، وما تعين مستحقه أوكد»[(٣)].

أدلة القول الثاني:

(٢٣٩) ١ - ما رواه مسلم من طريق مُطَرِّف، عن أبيه قال: أتيت النبي ﷺ وهو يقرأ ﴿أَلْهَىٰكُمُ ٱلتَّكَاثُرُ﴾ قال: **«يقول ابن آدم: مالي مالي - قال - وهل**

---

(١) صحيح البخاري - كتاب بدء الوحي: باب إن أحال دين الميت على رجل جاز (٢٢٨٩).

(٢) انظر: القواعد ص٢٨٦.

(٣) الحاوي الكبير ١٥/ ٣٣٤ - ٣٣٥.

لك يا بن آدم من مالك إلا ما أَكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدَّقت فأمضيت»، وفي رواية: «**وما سوى ذلك فهو ذاهب، وتاركه للناس**»[١].

قال السرخسي: «وهذا يقتضي أن ما لم يمضه من الصدقة يكون مال الوارث بعد موته، وبه علل في الكتاب، قال: لأنها خرجت من ملكه الذي كان له يعني أن المال صار ملك الوارث، ولم يجب على الوارث شيء ليؤخذ ملكه به؛ وهذا لأن حقوق الله تعالى مع حقوق العباد إذا اجتمعا في محل تقدم حقوق العباد على حقوق الله»[٢].

٢ ـ أن الركن في العبادات نية المكلف، وفعله قد فات بموته، فلا يتصور بقاء الواجب؛ لأن الآخرة ليست بدار ابتلاء حتى يلزمه الفعل أو تركه، أما دين العباد فيلزمه؛ لأن الفعل ليس بمقصود فيه ولا نيته غير أنه إذا أوصى بالدين الذي لله قام مقام فعل الوارث؛ لوجود اختياره بالإيصاء، فيخرج من الثلث»[٣].

أدلة القول الثالث:

١ ـ قول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[٤].

(٢٤٠) ٢ ـ وما رواه البخاري ومسلم من طريق مسلم البطين، عن سعيد ابن جبير، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ قال: «نعم، قال: فدين الله أحق أن يقضى»[٥].

---

(١) صحيح مسلم / كتاب الزهد والرقائق ٩/ ٧٤ (٣٩٥٨)، (٢٩٥٩).

(٢) المبسوط ٢/ ٢٤٩.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٧/ ٤٧٢.

(٤) من آية ١١ من سورة النساء.

(٥) صحيح البخاري في الصوم: باب من مات وعليه صوم (١٩٥٣)، ومسلم: باب قضاء الصيام عن الميت (١١٤٨).

قال ابن حزم: «وإذا قال رسول الله ﷺ فالله أحق بالوفاء، ودين الله أحق أن يقضى، فلا يحل أن يقضى دين آدمي حتى تتم ديون الله ﷻ»(١).

ونوقش هذا الاستدلال: يُحمل الحديث على حالة إذا لم يكن هناك دين لآدمي، وتأكيداً حتى لا يتساهل الناس في ديون الله، كما أن ديون الخلق متقررة لديهم أنه لابد من الوفاء بها.

٣ ـ ولأن دين الله واجب، والتبرعات والوصايا مستحبة، والواجب مقدم على المستحب.

٤ ـ ولأن مصرف حقوق الله للآدمي(٢).

٥ ـ ولأن حقوق الله لا تسقط بالإبراء بخلاف حقوق الآدميين فهي تسقط بالإبراء(٣).

ونوقش: بأن حقوق الله وإن كانت لا تسقط بالإبراء في الدنيا فقد تسقط بالإبراء في الآخرة؛ لسعة رحمة الله، والله أسمح بحقوقه، وهو غني عن عباده.

٦ ـ **قال العز بن عبد السلام**: «إن الزكوات فيها حق الله وحق الفقراء والمساكين، فكانوا أحق بالتقديم ـ أي: من ديون الآدميين ـ فلا يجوز تقديم واحد على حقين....»(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: أن يقال: في حقوق الله حقان، فكذا في حقوق الآدميين حقان، حق لله من حيث أنه سبحانه أمر بأدائها، وحق لآدمي من حيث الاستيفاء.

---

(١) المحلى ٧/ ٢٧.
(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/ ٤١٠.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٥/ ٣٣٤.
(٤) قواعد الأحكام ٢/ ١٢٧.

استدل أصحاب القول الرابع:

بعموم قول الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[1]، حيث سوّى الله سبحانه بين ديون الآدمي ودين الله، ولم يُقدم أحدهما على الآخر؛ لدخول الجميع في قوله تعالى: ﴿أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[2].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ قول المالكية؛ لقوة الأصل الذي بنوا عليه قولهم؛ ولما جاء في حديث سلمة بن الأكوع الآنف الذكر.



(١) من آية ١١ من سورة النساء.

(٢) انظر: كشاف القناع ١/ ٣٩٢.



الباب السادس

إثبات الوصية، وشروط الموصين، ومبطلاتها

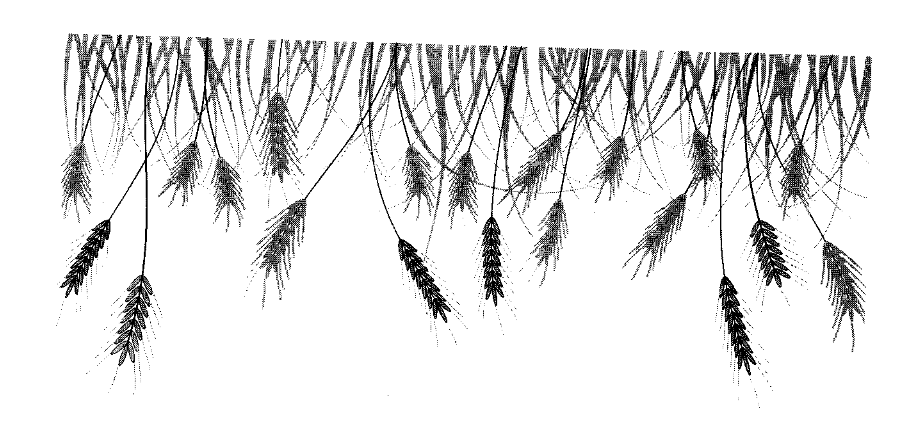
وفيه فصول:

الفصل الأول: إثبات الوصية.

الفصل الثاني: شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها.

الفصل الثالث: مبطلات الوصية.





الفصل الأول

إثبات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشهادة بالوصية.

المبحث الثاني: في الإقرار بالوصية.

المبحث الثالث: ثبوت الوصية بالخط والكتابة.





المبحث الأول
الشهادة بالوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول
شهادة العدلين أو ما يقوم مقامهما[(١)]

اتفق الفقهاء على أنه إذا شهد بالوصية عدلان، فإن شهادتهما تثبت بها الوصية، ولا يمين على الموصى له.

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)]، وقوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[(٣)].

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين.

❊ ❊ ❊

---

(١) مختصر خليل بشرح الزرقاني ٧/ ١٤٧.

(٢) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

المطلب الثاني
شهادة عدل وامرأتين عدلين

تثبت الوصية بشهادة عدل واحد، وامرأتين عدلين[١].

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ﴾[٢]، وقوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[٣].

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين، والعدل والمرأتين.

وهي عامة في الأموال، فتشمل الوصية وغيرها من الحقوق المالية، سواء كانت الوصية مكتوبة أم لا، أديت الشهادة عقب تحملها، أو تأخر ذلك إلى وقت الحاجة إليها؛ لعموم أدلة القضاء بالشهادة[٤].

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: شرح البهجة ١/ ١١٢، المغني ٩/ ١٥١.
(٢) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.
(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.
(٤) النوازل الصغرى ٤/ ٣٠٤.

المطلب الثالث

شهادة العدل الواحد بالوصية

اختلف الفقهاء في ثبوت الوصية بشهادة العدل الواحد على قولين:

القول الأول: ثبوتها مع يمين الموصى له.

وهو قول الجمهور: مالك، والشافعي، وأحمد[١].

القول الثاني: عدم ثبوتها.

وهو مذهب الحنفية[٢]، وبعض المالكية[٣]، والأوزاعي[٤].

الأدلة:

دليل الجمهور:

١ ـ (٢٤١) ما رواه مسلم من طريق عمرو بن دينار، عن ابن عباس رضي الله عنهما **«أنّ رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد»**[٥].

---

(١) المدونة ٥/ ١٧٤، تبصرة الحكام ٢/ ٢٦٨، الأم ٦/ ٢٥٤، أدب القاضي للماوردي ٢/ ١٦٣، المغني ٩/ ١٥١، إعلام الموقعين ١/ ٩٩، الطرق الحكمية ص١٣٢، المحلى ٩/ ٢٩١، أحكام الشهادات ص٤٧٦.

(٢) روضة القضاة ١/ ٢١٤، شرح معاني الآثار ٤/ ١٤٧، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥١٤.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٤٦٧، أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٩٦.

(٤) انظر: المغني ٦/ ١٥٠، ١٥١، الأم ٤/ ٢٧٦.

(٥) صحيح مسلم في الأقضية: باب القضاء باليمين والشاهد (٤٥٦٩).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: بأنه زيادة على النص وهو نسخ، والقرآن لا ينسخ بخبر الواحد؛ لأنه قطعي، وخبر الآحاد ظني، والظني لا ينسخ القطعي[١].

وأجيب: بأنه مردود من وجوه:

الأول: أن الزيادة عن النص ليست نسخاً له؛ لأن النسخ رفع الحكم الشرعي بحكم شرعي، أو بيان لانتهاء مدة العمل بالحكم الأول على الخلاف بين الأصوليين[٢]، و الزيادة على النص لا تتضمن رفعه ولا انتهاء العمل به.

الثاني: على تسليم كونها نسخاً، فإنه لا مانع من نسخ القرآن بخبر الآحاد على الصحيح عند الأصوليين[٣]؛ لأن الكل من عند الله، ولأن المنسوخ هو الحكم دون اللفظ، وهو ظني، والظني يجوز نسخه بالظني لتساويهما في القوة.

الثالث: وعلى تسليم منع نسخ القرآن بخبر الآحاد، فإن حديث القضاء بالشاهد واليمين حديث متواتر أو مستفيض، ويجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة، أو المستفيضة عند الحنفية، فيلزمهم القول بمقتضى هذا الحديث.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث قد أُعلَّ، فقد طعن فيه يحيى بن معين، وقال الطحاوي: منكر[٤].

وأجيب: بأن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها جمع من الصحابة

---

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥١٤ وما بعدها.

(٢) انظر: المحلى ٢/ ٩٢، المغني ٩/ ١٥٢.

(٣) المصدر السابق ٢/ ٧٩.

(٤) شرح معاني الآثار ٤/ ٤٥، الجوهر النقي ١٠/ ١٦٧، نصب الراية ٤/ ٦٧.

منهم: علي، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وجابر، وأبو هريرة، وسعد بن عبادة، وعبد الله بن عمرو، والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم.

وقال ابن عبد البر عن هذا الحديث: لا مطعن لأحد في إسناده، وقال: لا خلاف بين أهل المعرفة في صحته.

وقال الشافعي: ثابت لا يرده أحد.

وقال النسائي: إسناده جيد.

وقال البزار: في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأما قول الطحاوي: «لا يعلم أن قيس يحدث عن عمرو بن دينار»، فلا يقدح في صحة الحديث، وقد سمع قيس من هو أقدم من عمرو[(١)].

الوجه الثالث: أن معنى الحديث قضى تارة بشاهد، وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما.

وأجيب: بأن هذا التأويل لا دليل عليه، بل في بعض ألفاظ الحديث قضى باليمين مع الشاهد، والمعية تقتضي المصاحبة.

الوجه الرابع: أن المراد يمين المدعى عليه[(٢)].

وأجيب: أنه غير مسلم؛ لأن قوله: «**قضى بالشاهد واليمين**» يدل على أن اليمين مع الشاهد طريق من طرق القضاء.

٢ ـ أن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه، وقوي جانبه، ولذا شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها، وفي حق المنكر لقوة جنبته؛ لأن الأصل براءة ذمته، فوجب أن تشرع في حق المدعي هنا لتقوي جانبه بالشاهد[(٣)].

---

(١) نصب الراية ٤/٩٧، التلخيص الحبير ٤/٢٠٥، فتح الباري ٥/٢٨٢، تهذيب السنن لابن القيم ٣/٢٢٧.

(٢) تبيين الحقائق ٤/٢٩٤، تكملة فتح القدير ٨/١٧٣.

(٣) المغني ٩/١٥٢، الطرق الحكمية ص١٤٠، إعلام الموقعين ١/١٠١.

٣ ـ أن اليمين وإن كان حاصله تأكيد الدعوى لكنها إشهاد الله ﷻ من قبل الحالف، فلما كان اليمين هذا الشأن صلحت للحكم بها(١).

٤ ـ أنا وجدنا اليمين أقوى من المرأتين لدخولها في اللعان دون المرأتين، وقد حُكم بالمرأتين مع الشاهد فيحكم باليمين مع الشاهد(٢).

٥ ـ أن اليمين لو انفردت لحلت محل البينة في الأداء والإبراء، فكذلك حلت هنا محل المرأتين في الاستحقاق(٣).

دليل القول الثاني:

١ ـ قوله تعالى في الشهادة على الوصية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(٤).

فإنه يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة العدل الواحد.

ونوقش: أن الاستدلال بهذه الآية لا يتم للحنفية؛ لأنها تدل على ذلك بطريق المفهوم، وهم لا يقولون بمفاهيم المخالفة.

وأيضاً هو معارض بمنطوق الحديث السابق، والمنطوق مقدم على المفهوم.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(٥).

فالآية حصر لأنواع الحجة في الشهادة.

ونوقش الاستدلال بهذه الآية: أنها واردة في التحمل، فلا دلالة فيها

---

(١) سبل السلام ٤/ ١٧٣.

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٧٤، الفروق للقرافي ٤/ ٨٨.

(٣) فتح الباري ٥/ ٢٨١، الطرق الحكمية ص١٣٦، أحكام الشهادات ص٤٧٦.

(٤) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٥) المغني ٩/ ١٥٢.

على عدم قبول الواحد في الأداء[1]، وعلى تسليم عمومها لحالتي الأداء والتحمل، فإنها لا تدل على عدم قبول شهادة الواحد إلا بطريق المفهوم، والمنطوق مقدم عليه.

٣ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لو يعطى ناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**»[2].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل جنس الأيمان على المنكرين؛ لأن الألف واللام لاستغراق الجنس.

ونوقش هذا الاستدلال: بما تقدم من أن اليمين في الشرع تشرع في حق من ظهر صدقه، وقوي جانبه.

٤ ـ حديث الأشعث بن قيس، وفيه قوله ﷺ: «**شاهداك أو يمينه**»[3].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنه لا يلزم من التنصيص على الشيء نفي ما عداه.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث بيان لأهم أنواع البينة، وليست نفي لما عداها من البينات، وإلا لكانت مخالفة لنص القرآن في قبول شهادة الرجل والمرأتين.

الوجه الثالث: أنه استدلال بالمفهوم يعارضه منطوق حديث الشاهد واليمين.

٥ ـ أن الله تعالى أجاز شهادة المرأتين مع الرجل، وجعلهما اثنتين

---

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) سبق تخريجه برقم (١٩٣).

(٣) تخريجه برقم (٢٤٥).

لتذكر إحداهما الأخرى، فلو كان يكتفى بشهادة شاهد ويمين المدعي لما كان هناك حاجة إلى أن تذكر إحداهما الأخرى.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحاجة إلى أن تذكر إحداهما الأخرى فيما إذا شهدتا، أما إذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب.

٦ ـ أن شهادة من يجر إلى نفسه مغنماً، أو يدفع عنها مغرماً غير مقبولة، والحكم للمدعي بيمينه من هذا الوجه[1].

ونوقش: بعدم التسليم، بل الحكم بالشاهد.

٧ ـ أن البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه؛ لأن المدعي يدعي أمراً خفياً، فيحتاج إلى إظهاره، ولا تصلح اليمين مظهرة للحق؛ لأنها كلام الخصم.

ونوقش: بعدم التسليم، وأيضاً: هو استدلال في محل النزاع.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ قول جمهور أهل العلم؛ لقوة أدلتهم، حيث روى الحكم بالشاهد واليمين نيف وعشرون صحابياً، ولأن الخلفاء الراشدين قضوا بها.

قال ابن القيم: «قال أبو عبيد: وهو الذي نختاره اقتداء برسول الله ﷺ واقتصاصاً لأثره، وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه، ولا بين حكم الله وحكم رسوله اختلاف إنما هو غلط في التأويل حين لم يجدوا ذكر اليمين في الكتاب ظاهراً فظنوه خلافاً، وإنما الخلاف لو كان الله حظر اليمين في ذلك، ونهى عنها، والله تعالى لم يمنع من اليمين إنما أثبتها في الكتاب إلى

---

(١) ينظر: شرح معاني الآثار ٤/ ١٤٧، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥١٥، روضة القضاة ١/ ٢١٥، تبيين الحقائق ٤/ ٢٩٤.

أن قال: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ وأمسك، ثم فسرت السنة ما رواء ذلك، وسنة رسول الله ﷺ مفسرة للقرآن، ومترجمة عنه، وعلى هذا أكثر الأحكام».

❋ ❋ ❋

المطلب الرابع
شهادة العدل بوصية لصغير

اختلف العلماء فيها على أقوال[1]:

القول الأول: أن الورثة يحلفون لرد شهادة الشاهد، ويوقف الموصى به تحت أيديهم يستغلونه حتى يبلغ الصغير، فإذا بلغ حلف، وأخذ وصيته، وإن نكل رجعت ميراثاً بين الورثة، ولا يحلفون ثانية؛ إذ لا يحلف على شيء واحد مرتين.

وإن مات الصغير قبل بلوغه حلف وارثه، واستحق وصيته؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[2] فيدخل في التركة كل ما تركه الميت من حق مالي، ولقاعدة من مات عن حق انتقل لوارثه، وإذا نكل ورثة الموصي عن الحلف لرد شهادة الشاهد بالوصية قضي للصغير بوصيته، ولا ينتظر بلوغه ولا يمين عليه إذا بلغ.

القول الثاني: تحليف الورثة وإيقاف الموصى به على يد أمين حتى يبلغ، والغلة لمن قضي له به، وضمانه منه؛ لحديث: «**الخراج بالضمان**»[3]،

---

(١) المعيار ٩/٣٦٠، ٥١٤، التبصرة ١/٢٢٢، الزرقاني ٧/١٩٧، البهجة ١/١٦٤، الوصايا والتنزيل ص٥١٩.

(٢) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١١٤).

وقاعدة الغنم بالغرم، فإذا بلغ الصغير وحلف أخذ الموصى به وغلته، وإن هلك الموصى به فضمانه منه، وإن نكل الصغير قضي به للورثة، وإن هلك فضمانه منهم.

القول الثالث: تحليف ولي الصغير وتسليم الوصية له.

قال ابن كنانة: يحلف أبوه إذا كانت نفقة الابن واجبة على الأب؛ لأنه يستفيد بيمينه سقوط النفقة عنه.

والقول بتحليف الولي ضعيف يرد لأمرين:

الأول: أنه لا يحلف أحد ليستحق غيره.

الثاني: أن النيابة لا تدخل في الحقوق البدنية، واليمين من العبادات البدنية، فلا ينوب فيها أحد عن أحد.

القول الرابع: تحليف الصغير، ويأخذ وصيته.

لعموم حديث ابن عباس رضي الله عنهما **«قضى بالشاهد واليمين»**[(١)].

والقول بتحليف الصغير ضعيف؛ لأن مناط الإيمان التكليف، فمن ليس مكلفا لا يمين له، وبذلك يخصص عموم: **«قضى بالشاهد واليمين»**.

وأرجح هذه الأقوال القول بوقف الموصى به تحت يد أمين.

ومثل الصغير المجنون إذا قام له شاهد بالوصية، فإنه ينتظر إذا كانت ترجى إفاقته، وإن كانت لا ترجى إفاقته، فإنه يحلف الورثة لرد شهادة الشاهد، ويوقف الموصى به تحت أيديهم أو تحت يد أمين على الخلاف السابق، حتى يفيق المجنون فيحلف، أو يموت فيحلف ورثته[(٢)].

❋ ❋ ❋

---

(١) المدونة ٤/٨٦، البهجة ١/١٦٤، ١٦٥.

(٢) سبق تخريجه برقم (٢٤١).

المطلب الخامس
شهادة العدل الواحد للسفيه بالوصية

السفيه له شبه بالرشيد من حيث التكليف، وله شبه بالصغير من حيث الحجر عليه، ومنعه من التصرف في ماله؛ ولذلك اختلف الفقهاء في حكمه إذا قام له شاهد بالوصية:

فقال ابن القاسم: هو في ذلك كالرشيد، يحلف مع شاهده، ويقضى له بحقه، وإذا نكل حلف خصمه وبطل حقه.

وقال ابن كنانة: يحلف مع شاهده ويستحق حقه، وإن نكل لم يبطل حقه، ويحلف المدعى عليه، ويبقى السفيه على حقه حتى يرشد، فإذا رشد حلف وأخذ حقه، وإن نكل بطل حقه ولا تعاد اليمين على المدعى عليه، وإن مات قبل رشده حل ورثته محله، فيحلفون ويستحقون.

وروي عن مالك: أن السفيه كالصغير، لا يحلف مع شاهده وينتظر حتى يرشد، كما ينتظر الصغير حتى يبلغ.

والأصح: قول ابن كنانة القائل بتحليفه الآن، وعدم سقوط حقه بنكوله، وأما تحليفه الآن في حال سفهه فلأنه مكلف، ومناط اليمين التكليف.

وأما عدم بطلان حقه بنكوله فلأنه محجور عليه في ماله، فلو أبطلنا حقه بنكوله لأدى ذلك إلى نفوذ تصرفه، والفرض أنه محجور، ولذلك يحلف لتكليفه، ولا يبطل حقه بالنكول لسفهه.

والقول بجعله كالرشيد في اليمين، والنكول ضعيف، كما أن القول بجعله كالصغير في تأخير اليمين ضعيف أيضاً.

❁ ❁ ❁

المطلب السادس
شهادة العدل بالوصية لغير معين ولا محصور، كالفقراء والمساكين واليتامى

وقد اختلف فيها على قولين[1]:

القول الأول: يحلف المدعى عليهم ويبرؤون، وتبطل الوصية، فإن نكلوا حكم عليهم.

القول الثاني: يحلف المنكر ويبرأ، إلا أنه إذا نكل يحبس، فإن طال حبسه دين ولا يلزمه ما أنكره.

واتفق القولان على أنه لا يقضى للمشهود لهم مع يمينهم؛ لعدم تعين المستحق.



---

(١) التبصرة ١/٢٢٧، حاشية الدسوقي ٤/٢٠٣، الوصايا والتنزيل ص٥١٩.

المطلب السابع
الشهادة بالوصية لمن يحصون كأبناء عمه، وفقراء قرابته

وقد اختلف فيها على أقوال[١]:

الأول: أنه يحلف الجميع ويستحقون، ومن نكل سقط حقه.

قياساً على الورثة يقوم فيهم شاهد بحق لأبيهم مثلاً.

القول الثاني: أنه يكتفى بيمين واحد منهم، ويقضى للجميع بحقهم.

القول الثالث: وهو مروي عن مالك أنه يحلف الجل، وهو ما زاد على النصف، ويقضى لهم جميعاً.

القول الرابع: أنه لا يمين فيها مع الشاهد.

فإن كانت الشهادة لمعين وغيره كفلان وعقبه، فإن يحلف المعين، ويثبت الحق له بيمينه ولمن معه بلا يمين[٢].

❀ ❀ ❀

---

(١) التبصرة ١/٢٢٧، ٢١٦، الوصايا ص٤٥٧.

(٢) المصادر السابقة.

المطلب الثامن
شهادة النساء بالوصية

اتفق الفقهاء على رد شهادة المرأة الواحدة بالوصية؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[1].

فاعتبر التعدد في قبول شهادة النساء مع الرجل في الأموال، فيدل ذلك على اشتراطه في شهادتين وحدهن من باب أولى وأحرى، والوصية مال من الأموال، فلا تقبل فيها شهادة المرأة الواحدة.

واختلف في شهادة المرأتين فأكثر على قولين[2]:

القول الأول: قبول شهادة المرأتين فأكثر في الوصية.

وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال ابن حزم[3].

واختاره شيخ الإسلام، وابن القيم[4].

ونص المالكية: أنه يحلف معهما المشهود له، ويستحق.

وأدلتهم:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[5].

---

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) انظر: المدونة ٤/ ٨٦، المغني ٩/ ١٥٣، نهاية المحتاج ٣/ ٢٩٤.

(٣) المدونة ٥/ ١٦٥، الفروق ٤/ ٩٥، حاشية الدسوقي ٤/ ١٨٧، التاج والإكليل ٦/ ١٨١، المحلى ١٠/ ٥٦٩.

(٤) الطرق الحكمية ص١٥٩، إعلام الموقعين ١/ ٩٥.

(٥) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل شهادة المرأتين بدل شهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه، فكما أن للمدعي أن يحلف مع الشاهد فله أن يحلف مع شهادة المرأتين[(١)].

٢ ـ حديث أبي سعيد ﷺ أن النبي ﷺ قال: «**أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟، قلنا: بلى، فقال: ذلك من نقصان عقلها**»[(٢)].

فالرسول ﷺ نص على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل من غير تفريق بين موضع وآخر، وبمفهومه أن شهادتها مع مثله كشهادة الرجل[(٣)].

٣ ـ **قال ابن حزم:** «وبضرورة العقل يدري كل أحد أنه لا فرق بين امرأة ورجل، وبين رجلين وبين امرأتين، وبين أربعة رجال وأربع نسوة في جواز تعمد الكذب والغفلة، والنفس تطيب بشهادة ثماني نساء أكثر من شهادة أربعة رجال»[(٤)].

٤ ـ القياس على شهادة العدل الواحد، فإن الله ﷻ جعل شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد في ثبوت الحق بها في الأموال مع اليمين، والمرأتان مثله؛ لتساويهما في العدالة، وقبول الشهادة عند اجتماعهما مع الرجل، فيقبل عند انفرادهما، كما تقبل شهادة الرجل عند انفراده عنهما.

قال ابن القيم في الطرق الحكمية: «فإن قيل: البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل، كما لو شهد أربع نسوة، وما ذكرتموه ينتقض بهذه

---

(١) أحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٩٢.

(٢) صحيح البخاري ـ كتاب الحيض: باب ترك الحائض الصوم (٢٩٨)، ومسلم من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر بنحوه ـ كتاب الإيمان: باب نقصان الإيمان بنقصان الطاعات (١٣٢).

(٣) الطرق الحكمية ص١٥٩.

(٤) المحلى ١٠/ ٥٨٣.

الصورة، فإن المرأتين لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين، وتقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين.

وأيضاً: فشهادة المرأتين ضعيفة، فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة فينضم ضعيف إلى ضعيف، فلا يقبل.

وأيضاً: فإن الله سبحانه قال: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ فلو حكم بامرأتين ويمين لكان هذا قسماً ثالثاً.

والجواب: أما قولكم: إن البينة إذا خلت عن الرجل لم تقبل، فهذا هو المدعي وهو محل النزاع، فكيف يحتج به وقولكم كما لو شهد أربع نسوة، فهذا فيه نزاع وإن ظنه طائفة إجماعاً كالقاضي وغيره.

قال الإمام أحمد: في الرجل يوصي ولا يحضره إلا النساء قال: أجيز شهادة النساء.

فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال.

وذكر الخلال عن أحمد أنه سئل عن الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويعتق ولا يحضره إلا النساء هل تجوز شهادتهن؟ قال: نعم تجوز شهادتهن في الحقوق.

وقد تقدم ذكر المواضع التي قبلت فيها البينات من النساء، وأن البينة اسم لما يبين الحق، وهو أعلم من أن يكون برجال أو نساء أو نكول أو يمين أو أمارات ظاهرة، والنبي ﷺ قد قبل شهادة المرأة في الرضاع، وقبلها الصحابة في مواضع ذكرناها، وقبلها التابعون.

وقولكم: ويقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين:

قلنا: نعم، وذلك موجود في عدة مواضع كالنكاح والرجعة والطلاق والنسب والولاء والإيصاء والوكالة في النكاح وغيره على إحدى الروايتين.

وقولكم: شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة، فيضم ضعيف إلى ضعيف، فلا يقبل.

جوابه: أنا لا نسلم ضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعتا، ولهذا يحكم بشهادتهما إذا اجتمعتا مع الرجل، وإن أمكن أن يؤتى برجلين، فالرجل والمرأتان أصل لا بدل، والمرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، إلا أنها لما خيف عليها السهو والنسيان قويت بمثلها، وذلك قد يجعلها أقوى من الرجل الواحد أو مثله، ولا ريب أن الظن المستفاد من شهادة مثل أم الدرداء وأم عطية أقوى من الظن المستفاد من رجل واحد دونهما ودون أمثالهما.

وأما قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ ولم يذكر المرأتين والرجل.

فيقال: ولم يذكر الشاهد واليمين، ولا النكول، ولا الرد، ولا شهادة المرأة الواحدة، ولا المرأتين، ولا الأربع نسوة، وهو سبحانه لم يذكر ما يحكم به الحاكم، وإنما أرشدنا إلى ما يحفظ به الحق، وطرق الحكم أوسع من الطرق التي تحفظ بها لحقوق»[١].

القول الثاني: أنها مردودة لا يثبت بها وصية.

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[٢].

وحجته:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[٣].

---

(١) الطرق الحكمية ص١٦١.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص٣٩٩، تبصرة الحكام ١/ ٢١٣، مطالب أولي النهى ٦/ ٦٣٢.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

فاشترط شهادة الرجل مع النساء، وهو يدل بمفهومه على عدم قبول شهادتهن وحدهن في الأموال، والوصية مال، فلا تقبل فيها شهادتهن.

ونوقش: بأنه استدلال بالمفهوم، ويعارضه منطوق الآية من اعتبار شهادة النساء مع العدد مقابل شهادة الرجل.

٢ ـ أن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بشهادة الرجل، واليمين ضعيفة فلا يضم ضعيف إلى ضعيف.

ونوقش: بما تقدم من كلام ابن القيم رحمه الله.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ قول المالكية؛ لقوة دليله، ولما في ذلك من حفظ أموال الناس.

فرع:

واختلف المالكية إذا شهد النساء بوصية فيها المال وغيره مما لا تقبل فيه شهادة النساء، كالإيصاء بالنكاح:

فقال أكثر المالكية: تصح شهادتهن بالوصية في المال، وتبطل بغيره.

وقال مالك في المدونة: تبطل الشهادة كلها، ولا يصح منها شيء، لا ما يتعلق بالمال، ولا ما يتعلق بغيره، ولا يصح بعض الشهادة دون بعض[١].

ومنشأ الخلاف: اختلاف المالكية في الشهادة إذا أجازت السنة بعضها دون بعض، فالمشهور: أنه يصح ما أجازته السنة، ويرد ما ردته السنة؛ لأنها بمنزلة شهادتين، لا يلزم من بطلان إحداهما بطلان الأخرى[٢].

❊ ❊ ❊

---

(١) المدونة ٤/ ٨٥، التبصرة ١/ ٢١٧، الوصايا والتنزيل ص٥٢٠.

(٢) التبصرة ١/ ٢١٧، الرهوني ٧/ ٣٩٥.

المطلب التاسع
شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر

تحرير محل النزاع:

أولاً: جمهور الفقهاء - رحمهم الله - أن شهادة الكافر من غير أهل الكتاب على المسلم لا تصح مطلقاً[١].

ثانياً: جمهور الفقهاء كذلك على أن شهادة أهل الكتاب على المسلمين لا تصح في غير الوصية في السفر[٢].

ثالثاً: اختلف الفقهاء في شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر على قولين:

القول الأول: جواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم.

وهذا الصحيح من مذهب الحنابلة، نقله الجماعة عن الإمام أحمد[٣].

وقال بهذا شريح، والنخعي، والأوزاعي، ويحيى بن حمزة[٤].

ويستحلف الشاهدان بعد العصر أنهما ما خانا، ولا بدلا، ولا كتما، ولا اشتريا به ثمناً ﴿وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَـٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذًا لَّمِنَ ٱلْـَٔاثِمِينَ﴾.

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣٤٦.

(٢) المغني ١٠/١٨١.

(٣) الكافي لابن قدامة ٤/٥٢١، المبدع ١٠/٢١٥، الإنصاف ١٢/٣٩.

(٤) المغني ١٠/١٨٠.

قال شيخ الإسلام: «وتقبل شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيره، وهو مذهب أحمد، ولا تعتبر عدالتهم، وإن شاء لم يحلفهم بسبب حق الله، ولو حكم حاكم بخلاف آية الوصية ينقض حكمه؛ فإنه إنما خالف نص الكتاب بتأويلات سمجة.

وقول أحمد: أقبل شهادة أهل الذمة إذا كانوا في سفر ليس فيه غيرهم هذه ضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة، حضراً، وسفراً، وصية وغيرها، وهو متجه.

كما تقبل شهادة النساء في الحدود إذا اجتمعن في العرس، أو الحمام، ونص عليه أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه.

ونقل ابن صدقة في الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويعتق بعض عبيده ولا يحضره إلا النساء، هل تجوز شهادتهن؟ قال: نعم، تجوز شهادتهن في الحقوق.

وعن أحمد في شهادة الكفار في كل موضع ضرورة غير المنصوص عليه روايتان، لكن التحليف هنا لم يتعرضوا له فيمكن أن يقال: لا تحليف؛ لأنهم إنما يحلفون حيث تكون شهادتهم بدلاً في التحمل، بخلاف ما إذا كانوا أصولاً قد علموا من غير تحمل.

وقال أبو العباس في موضع آخر: ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان وجهاً، وتكون شهادتهم بدلاً مطلقاً.

وإذا قبلنا شهادة الكفارة في الوصية في السفر؛ فلا يعتبر كونهم من أهل الكتاب وهو ظاهر القرآن»[1].

القول الثاني: عدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقاً.

---

(١) الاختيارات ص ٥٢٠.

وهذا قول الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤].

سبب الخلاف في هذه المسألة:

سبب اختلاف العلماء في هذه المسألة هو اختلافهم في تأويل الآية الواردة في هذا الخصوص، وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ مِنۡ غَيۡرِكُمۡ إِنۡ أَنتُمۡ ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَأَصَٰبَتۡكُم مُّصِيبَةُ ٱلۡمَوۡتِۚ﴾[٥].

فمنهم من قال: معنى الشهادة هنا هي الشهادة في الوصية في السفر، ومنهم من قال: معنى الشهادة الحضور، أي: حضور الوصي على الورثة من قولك شهدته إذا حضرته، وقيل: الشهادة في الآية اليمين؛ أي: أيمان الوصية بالله إذا ارتاب الورثة بهما، كذلك اختلفوا في معنى (من غيركم) في الآية، فقيل: من غير ملتكم، وقيل: من غير قبيلتكم، وكذلك اختلفوا في الآية هل ثابتة أو منسوخة... واختلاف الحكم مبني على الاختلاف على هذه الأمور السابقة في الآية[٦].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بجواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم بما يلي:

---

(١) المبسوط ١٦/ ١٣٤، البحر الرائق ٧/ ٩٤.

(٢) الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٩٧٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٣٤٧.

(٣) الأم للشافعي ٦/ ١٤٢، مغني المحتاج ٤/ ٤٢٧.

(٤) ينظر: الإنصاف ١٢/ ٤٠.

(٥) من آية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٦) ينظر: أحكام القرآن ٤/ ١٥٩، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٣٤٧، المغني ١٠/ ١٨٠.

١ ـ قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾[١].

وجه الدلالة: دلت الآية على جواز قبول شهادة الكفار على الوصية في السفر.

قال ابن قدامة: «وهذا نص الكتاب»[٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن معنى قوله تعالى في الآية: ﴿مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غير عشيرتكم، وليس المقصود به من غير ملتكم، وممن فسرها بذلك سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعبيدة، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسليمان التيمي، وغيرهم.

وبهذا لا تدل على جواز شهادة الكافر[٣].

وأجيب عن هذه المناقشة بأمور:

الأمر الأول: أن حمل الآية على هذا المعنى لا يصلح مطلقاً؛ لأن الآية نزلت في قصة عدي وتميم ـ كما سيأتي ـ بلا خلاف بين المفسرين، ودلت على ذلك الأحاديث الموردة في هذا الخصوص[٤].

الأمر الثاني: أن حمل الآية على ذلك يحتاج إلى تقدير مضاف، أي: من غير قبيلتكم، والحذف نوع من المجاز، ويحتاج إلى قرينة ولا وجود لها.

الأمر الثالث: لو سلمنا لهم أن معنى الآية: (من غير عشيرتكم) لما

---

(١) من آية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٢) المغني ١٠/ ١٨٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤/ ١٥٩.

(٤) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٨١.

وجبت الأيمان؛ لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم[(١)]، فدل على أن المقصود من غير المسلمين من أهل الكتاب[(٢)].

الأمر الرابع: أنه مخالف لفعل الرسول ﷺ وصحابته.

الأمر الخامس: أن الخطاب في الآية للمؤمنين ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾، فكذلك الخطاب في قوله: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني: غير المؤمنين، وغير المؤمنين هم الكفار، وليس في الآية ما يشير إلى كون الخطاب للقبيلة.

الأمر السادس: لو كان المراد آخرين من غير قبيلتهم لما قال: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ﴾؛ لأن الشاهدين المسلمين لا يمين عليهما، فلما قال: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ﴾ دل ذلك على أنهما غير المسلمين.

الوجه الثاني: أن الشهادة الواردة في الآية يقصد بها التحمل، وليس الأداء[(٣)].

وأجيب: بأنها لا تصح؛ لأنه أمر بإحلافهم، والتحمل ليس فيه أيمان كما هو معلوم[(٤)].

الوجه الثالث: أن المقصود بالشهادة هنا ـ في الآية ـ أيمان الوصي على الورثة[(٥)].

وقد أجيب: بأن حمل الشهادة على اليمين غير صحيح؛ لأمور:

الأول: أن الشهادة حقيقة في الشهادة بالحق عند الحاكم، كما في قوله

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/ ٤٠٧.

(٣) المغني ١٠/ ١٨١.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) المغني ١٠/ ١٨١، أحكام الشهادات ص٤٥٨.

تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾[١]، وقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾[٢] وقوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[٣].

واللفظ محمول على حقيقته عند الإطلاق، ويؤيد إرادة الحقيقة هنا عدة أمور في نص الآية.

قوله تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾[٤] فإنه يبعد أن يكون المراد أيماناً بينكم إذا حضر أحدكم الموت؛ لأن وقت حضور الموت ليس وقت أيمان، وقوله: ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[٥] فإنه لو كان المراد بالشهادة اليمين، لم يقل أو آخران من غيركم؛ لأن حكم اليمين لا يختلف، وجد العدلان من المسلمين أو عدماً.

وقوله: ﴿وَلَا نَكْتُمُ شَهَـٰدَةَ ٱللَّهِ﴾[٦] فإن الذي يمكن كتمانه هي الشهادة العرفية، وهي التي نهى الله عن كتمانها في قوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾[٧]، وقوله: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَـٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ﴾[٨] أما اليمين فهي أمر ظاهر موجود، لا يقال فيها لا نكتم اليمين.

وقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَـٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ﴾[٩] فإن الشهادة الحقيقة

---

(١) من الآية ٢ من سورة الطلاق.
(٢) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.
(٤) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.
(٥) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.
(٦) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.
(٧) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٨) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.
(٩) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

هي التي يؤتى بها على وجهها تارة، ومحرفة أو مزورة تارة أخرى، بخلاف اليمين لا يقال فيها، أو يأتوا باليمين على وجهها.

وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾(١) فإنه يدل على أن المراد بالشهادة في قوله تعالى: ﴿شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ﴾ هي الشهادة العرفية الحقيقة لا اليمين؛ لأنه لما أراد الله تعالى الحديث عن اليمين ذكرها بلفظها واسمها فقال: ﴿أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾(٢) فدل ذلك على أن المراد بالشهادة هي الشهادة الحقيقة؛ لأن الله تعالى نص على الشهادة، ثم أعقبها بالعدالة ﴿ذَوَا عَدْلٍ﴾ واليمين لا يشترط فيها ذلك، ثم نص على أنهما اثنان، واليمين ليس كذلك(٣)، ثم إن الشاهد المسلم لا يحلف.

الوجه الرابع: أن الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(٤)، وليست محكمة(٥).

وأجيب بأمور:

الأمر الأول: بأن الآية في سورة المائدة، وهذه السورة من آخر ما نزل من القرآن، بدليل:

(٢٤٢) ما رواه الإمام أحمد من طريق أبي الزاهرية، عن جبير بن نفير قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقالت: هل تقرأ سورة المائدة؟ قال: قلت: نعم.

---

(١) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٤/ ١٦١.

قالت: «فإنها آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه».

وسألتها عن خلق رسول الله ﷺ؟ فقالت: «القرآن»[١].

وقال أبو ميسرة: «في المائدة ثماني عشرة فريضة، وليس فيها منسوخ»، وقال الحسن: «لم ينسخ من المائدة شيء»[٢].

قال ابن حزم: عقب إيراده لقول عائشة السابق «فبطل أنها منسوخة ـ أي: الآية ـ وصح أنها محكمة»[٣][٤].

الثاني: ما قاله غير واحد من أن المائدة لم ينسخ منها شيء[٥]

الثالث: أن دلالة آية المائدة على قبول شهادة الكفار بالوصية في حالة السفر دلالة بالمنطوق، وآية الدين في البقرة تدل على عدم القبول بالمفهوم، والمنطوق مقدم إذا تعارضا، كما أن النسخ بمفهوم المخالفة لا يجوز عند جماعة من الأصوليين[٦].

---

(١) المسند ٨/١٨٨.

وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده ٣/٩٥٦، والنسائي في الكبرى ٦/٣، وأبو عبيدة في فضائل القرآن ٢٣٩، وفي الناسخ والمنسوخ ١٦١، وابن النحاس في الناسخ والمنسوخ ٢/٢٣٢ والطبراني في مسند الشاميين ٣/١٤٤، والحاكم في مستدركه ٢/٣١١ ومن طريقه البيهقي في سننه الكبرى ٧/١٧٢.

كلهم من طريق أبي الزاهرية حدير بن كريب، عن جبير بن نفير... به.

قال الحاكم: هذا الحديث صحيح على شرط الصحيحين ولم يخرجاه.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) المحلى ٩/٤٠٧.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٩١.

(٥) تقدم قريباً.

(٦) المحلى ٢/٢٧ ـ ٢١٤.

الرابع: أن آية المائدة خاصة في الوصية، وآية الدين عامة، وإذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص على العام.

الخامس: أن آية الدين متأخرة، والعام المتأخر لا ينسخ المتقدم خلافاً للحنفية[(١)].

السادس: أن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع بين الدليلين، وهو هنا ممكن بحمل العام على الخاص.

٢ ـ ما رواه البخاري من طريق عبدالملك بن سعيد بن جبير، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري، وعدي بن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته، فقدوا جاماً من فضة مخوصاً من ذهب، «فأحلفهما رسول الله ﷺ»، ثم وجد الجام بمكة، فقالوا: ابتعناه من تميم وعدي، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم، قال: وفيهم نزلت هذه الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ﴾ [المائدة: ١٠٦][(٢)].

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ قبل شهادة أهل الكتاب على وصية المسلم في السفر، وقد كان تميم وعدي حينئذ على دين أهل الكتاب، كما دل ذلك رواية الترمذي، وفيها: (وكانا نصرانيين يختلفان إلى الشام قبل الإسلام)[(٣)].

(٢٤٣) ٣ ـ ما رواه أبو داود من طريق زكريا، عن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء هذه[(٤)]، ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده

---

(١) المرجع السابق ٢/ ٢٧.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٢).

(٣) سنن الترمذي ٥/ ٢٥٨ في باب: ومن سورة المائدة (٣٠٥٩).

(٤) دقوقاء: هي مدينة بين إربل، وبغداد، لها ذكر في الأخبار والفتوح.

على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدما الكوفة، فأتيا أبا موسى الأشعري، فأخبراه وقدما بتركته ووصيته، فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ، فأحلفهما بعد العصر بالله ما خانا، ولا كذبا، ولا بدلا، ولا كتما، ولا غيرا، وإنها لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما»[1].

---

(١) سنن أبي داود (٣٦٠٥).
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨/ ٣٦٠ عن ابن عيينة،
وسعيد بن منصور في التفسير من سننه ٤/ ١٦٦٧ عن هشيم،
وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/ ٤٩٣ عن وكيع،
وأبو عبيد في الناسخ والمنسوخ ١٥٨،
وابن جرير في تفسيره ٧/ ٦٨ وفي ٧/ ٧١ قال: حدثنا عمرو بن علي، ثنا يحيى القطان،
ووكيع في أخبار القضاة ١٨٢ من طريق إسماعيل بن أبي خالد، و١٨٣ من طريق قيس ابن الربيع،
وعبد الله بن الإمام أحمد في مسائل أبيه ٤٣٦،
والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٨، والدارقطني في سننه ٤/ ١٦٦،
والفسوي في المعرفة والتاريخ ٣/ ٣٨٨ ومن طريقه الحاكم في مستدركه ٢/ ٣١٤،
والبيهقي في سننه الكبرى ١٠/ ١٦٥ من طريق عبد الله بن نمير،
وابن حزم في المحلى ٨/ ٤٩٣.
ستتهم (هشيم بن بشير، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، ويحيى القطان، وقيس بن الربيع، وعبد الله بن نمير) عن زكريا بن أبي زائدة عن الشعبي... به.
وليس عند عبد الرزاق، وابن أبي شيبة وعبد الله بن الإمام أحمد قول أبي موسى: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ.
وأخرجه يعقوب بن سفيان الفسوي، ووكيع في أخبار القضاة، والخلال، والدارقطني، والحاكم والمروذي بواسطة الطرق الحكمية ص١٨٣ كلهم من طريق يحيى بن يعلى عن أبيه عن غيلان بن جامع عن إسماعيل... به
بنحو رواية الستة.

=

وجه الدلالة: دل هذا الدليل على أن شهادة الكافر على الوصية في السفر جائزة، وقد كان هذا هو المقرر لدى صحابة النبي ﷺ، فقد طبق ذلك أبو موسى الأشعري في هذا الدليل هذا الحكم، وأمضى شهادة الكافر على هذه الوصية، وذكر أنه متبع النبي ﷺ في ذلك، وأن هذه الواقعة كالتي وقعت في عهد النبي ﷺ؛ ولذلك قضى فيها بما قضى به رسول الله ﷺ.

(٢٤٤) ٤ ـ ما رواه أبو عبيد من طريق ابن لهيعة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن سلمة بن أبي سلمة، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «خرج رجل من المسلمين فمر بقرية، فمرض ومعه رجلان من المسلمين، فدفع إليهما ماله، ثم قال: ادعوا لي من أشهده على ما قبضتما، فلم يجدوا أحداً من المسلمين في تلك القرية، قال: فدعوا ناساً من اليهود، فأشهدهم على ما دفع إليهما، ثم إن المسلمين قدما بالمال إلى أهله، فقالوا: قد كان معه من المال أكثر مما آتيتمونا به قال: فاستحلفوهما بالله ما دفع إليهما غير هذا، ثم قدم ناس من اليهود والنصارى فسألهم أهل المتوفى، فأخبروهم أنه هلك بقريتهم وترك كذا وكذا من المال، فعلم أهل المتوفى أن قد عثروا على أن المسلمين قد استحقا إثماً، فانطلقوا إلى ابن مسعود، فأخبروه بالذي كان من

= وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.
وقال ابن كثير في التفسير ٢/ ١١٧: «إسناده صحيح إلى الشعبي».
وقال الحافظ ابن حجر في الفتح ٥/ ٥٧٧: «وصح عن أبي موسى الأشعري... فروى أبو داود بإسناد رجالة ثقات عن الشعبي...».
واحتج الإمام أحمد بهذا الأثر قال: وقد أجاز أبو موسى الأشعري شهادتهما في السفر على الوصية، فلا تجوز شهادتهم إلا في هذا الموضع ـ نقل ذلك إسحاق بن منصور الكوسج ٨/ ٤١٢٩ وعبد الله بن الإمام أحمد في مسائله ٤٣٥، وابن هانئ ٢/ ٣٧، والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٩، ومسائل صالح ابن الإمام أحمد ٢/ ٢١٨، وتهذيب الأجوبة ٢/ ٨٥٣ لابن حامد، واحتج به أيضاً إسحاق بن راهويه كما في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج ٨/ ٤١٣٠.

أمرهم، فقال ابن مسعود: ما من كتاب الله ﷻ من شيء إلا قد جاء على إدلاله، إلا هذه الآية، فالآن حين جاء تأويلها، «فأمر المسلمين أن يحلفا بالله لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربى، ولا نكتم شهادة الله إنا إذاً لمن الآثمين، ثم أمر اليهود والنصارى أن يحلفوا بالله لقد ترك من المال كذا وكذا، ولشهادتنا أحق من شهادة هذين المسلمين، وما اعتدينا إنا إذاً لمن الظالمين، ثم أمر أهل المتوفى أن يحلفوا بالله: أن ما شهدت به اليهود والنصارى حق فحلفوا، فأمرهم ابن مسعود أن يأخذوا من المسلمين ما شهدت به اليهود والنصارى، قال: وكان ذلك في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه»[(١)].

وجه الدلالة: كدلالة الدليل السابق، وفيهما دلالة على أنه لم يعلم لهذين الصحابين الجليلين مخالف.

قال ابن قدامة: «فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله، وقضاء رسول الله، وقضاء الصحابة به، وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة»[(٢)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القائلين بعدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقاً بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[(٣)].

وجه الدلالة من وجهين:

الأول: قوله تعالى: ﴿مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ والخطاب فيه للمسلمين قطعا؛ لقوله

---

(١) أخرجه أبو عبيد في الناسخ والمنسوخ ص ١٥٦ برقم: ٢٨٩.
وإسناده ضعيف؛ فيه ابن لهيعة اختلط في حفظه، وسلمة لم يسمع من ابن مسعود.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٨١.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

تعالى أول الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ فدل بمفهومه أن غير المسلمين لا تقبل شهادتهم إذا أشهدوا.

والثاني: قوله: ﴿تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ فإنه يدل بمفهومه أيضاً على عدم قبول شهادة الكفار؛ لأنهم ممن لا يرضون في الشهادة.

والآية عامة في الشهادة بالوصية وغيرها.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(١) وهو مثل الآية الأولى، يدل على عدم قبول الكفار في الشهادة بمفهوم الخطاب في قوله: ﴿مِنكُمْ﴾؛ لأن الكفار ليسوا من المسلمين.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾(٢) وهو عام في كل نبأ من وصية وغيرها؛ لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم، كما أنه عام في كل فاسق؛ لأنه نكرة في سياق الشرط، فتعم الكافر وغيره.

ونوقش هذا العموم: بأنه مخصوص بأدلة القول الأول.

٤ ـ أن الكافر لا تقبل شهادته على غير الوصية بالإجماع، فكذلك الوصية لا تقبل شهادته فيها؛ إذ لا فرق(٣).

٥ ـ أن الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر من باب أولى(٤).

ونوقش هذان الدليلان: بأن المخالفين يوافقون على ما فيهما، وأن الكافر لا تقبل شهادته على المسلم، وهذا هو الأصل الذي نتفق فيه معكم،

---

(١) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٢) من الآية ٦ من سورة الحجرات.

(٣) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٨١.

(٤) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٨١.

إلا أن هذا الأصل يستثنى منه حالة واحدة، وهي مسألتنا هذه، فنقبل شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد غيره[١].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة شهادة الكافر على وصية المسلم حال الضرورة في السفر والحضر؛ لقوة دليله.



المطلب العاشر
شهادة الموصى له بالوصية له ولغيره، وشهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوصية المكتوبة:

ويقصد بها أن الموصي كتب وصيته في وثيقة ذكر فيها ما أوصى به لكل واحد من الموصى لهم، أو أشركهم فيها، وأشهد على وصيته أحد الموصى لهم أو اثنين من الموصى لهم، فالشاهد على الوصية، أو الشاهدان من جملة الموصى لهم.

وقد اختلف الفقهاء في قبول هذه الشهادة وردها:

أولاً: إذا كان نصيب الشاهد لا يتجاوز ثلث الوصية، فهناك أربعة أقوال[٢]:

---

(١) ينظر: المحلى لابن حزم ٩/ ٤٠٦.

(٢) المدونة ٤/ ٨٧، حاشية الرهوني ٧/ ١٩٤، ١٩٥، التبصرة ١/ ٢٧٢، ٢٧٣، الوصايا والتنزيل ص٥٥١.

الأول: أنها شهادة مردودة، ولا تثبت بها وصية.

وهو رواية عن مالك.

وحجته: اتهام الشاهد بجر النفع لنفسه، وشهادة المتهم لا تجوز، وإذا بطلت في حق نفسه بطلت في حق غيره؛ لأن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة رد باقيها، وبطلت كلها.

القول الثاني: أن الشهادة جائزة للشاهد وغيره، ثم إن كان الشاهد وحده يشهد بالوصية حلف معه الموصى لهم، واستحقوا الوصية، ويأخذ الشاهد حقه في الوصية بشهادته، ويمين شركائه، ولا يمين عليه.

أما إذا كان مع هذا الشاهد شاهد آخر يشهد معه بالوصية، فإن كان هذا الثاني لا حق له في الوصية، فإن الموصى لهم يستحقون الوصية بدون يمين؛ لقيام شاهدين بالوصية، ويدخل معهم الشاهد الموصى له، فيأخذ حقه بدون يمين، وإن كان الشاهد الثاني له نصيب تافه أيضاً، فإن الوصية تثبت بشهادتهما معا، ويستحق الموصى لهم وصاياهم، ويأخذ الشاهدان نصيبهما في الوصية بلا يمين أيضاً تبعاً لغيرهم من الموصى لهم.

وهو رواية مطرف عن مالك، وقول لابن القاسم[1].

وحجته: بأن الشاهد في حيز التبع لجملة الوصية لتفاهة نصيبه في الوصية.

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه قد يكون نصيبه في وصية ثلثها، وقد تكون الوصية بالثلث، فيكون له ثلث الثلث، وهو كثير.

---

(١) المصادر السابقة.

الثاني: استحقاقه نصيبه بشهادته، والمرء لا يشهد لنفسه، وأخذه له بدون يمين بل بمجرد الدعوى دون شاهد يشهد له، ودون يمين منه.

القول الثالث: أن شهادته لنفسه باطلة لا تجوز، وشهادته لغيره جائزة، فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واستحقوا وصاياهم وحدهم، ولا شيء للشاهد الموصى له مما سماه له الموصي.

وإن كان مع هذا الشاهد شاهد آخر له نصيب يسير في الوصية تثبت الوصية بشهادتهما معاً، ويستحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين وحلف الشاهدان واستحقا وصيتهما؛ لأن كل واحد منهما يشهد للآخر، فيحلف مع شاهده ويستحق بناء على قبول شهادة الشهود بعضهم لبعض، وهو أحد قولين كما يأتي، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية المشهود بها، فإن الموصى لهم يأخذون وصاياهم بدون يمين؛ لقيام شاهدين لهم بالوصية، ويحلف الشاهد الموصى له مع شهادة صاحبه، ويستحق وصيته.

وهو قول ابن الماجشون.

القول الرابع: أن الشهادة جائزة له ولغيره إذا كان معه شاهد آخر، فتثبت الوصية بشهادتهما، ويأخذ حقه بدون يمين، وكذلك صاحبه إذا كان له فيها نصيب يأخذه بدون يمين أيضاً.

وإن لم يكن معه شاهد آخر جازت شهادته لغيره، فيحلف ويستحق وصيته، ولا شيء للشاهد؛ لرد شهادته في حق نصيبه.

بناء على أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة جاز ما لا تهمة فيه.

وهو قول يحيى بن سعيد[1].

---

(١) المصادر السابقة.

المسألة الثانية: الوصية اللفظية وهي التي يشهد الموصي على وصيته لفظاً بغير كتاب يكتبه، كأن يقول أوصيت لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وهو الشاهد على الوصية، أو أحد الشهود الذين أشهدهم عليها، وإن كتبوها بعد ذلك.

وتتنوع إلى نوعين: فقد يكون نصيب الشاهد فيها قليلاً، وقد يكون كثيراً[(١)].

فإن كان كثيراً فلا تجوز شهادته لنفسه، وتجوز لغيره، فإن كان وحده حلف الموصى لهم، واستحقوا وصيتهم دونه، وإن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه بيسير ثبتت الوصية لغيرهم، واستحقوها بدون يمين لقيام الشاهدين بالوصية لهم، ويحلف كل واحد من الشاهدين، ويستحق وصيته، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية استحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين، وحلف الشاهد مع الشاهد الآخر، واستحق وصيته.

وخرج ابن رشد: قولا بعدم قبول شهادته لنفسه ولا لغيره[(٢)].

وإن كان نصيب الشاهد في الوصية قليلاً قبلت شهادته لغيره، وردت شهادته لنفسه[(٣)].

كما أنه إذا كانت الوصية مكتوبة بخط الشاهد، أو كانت وصية الشاهد في كتاب ووصية غيره في كتاب آخر، وشهد الشاهد بالوصيتين له ولغيره، فإنها لا تقبل شهادة لنفسه، وتقبل لغيره مطلقاً[(٤)].

كان ما شهد به لنفسه قليلاً أو كثيراً؛ لاستقلال كل وصية بنفسها، بخلاف ما كتب في كتاب واحد فيه الوصية للشاهد وغيره، فإنها وصية واحدة

---

(١) انظر: التبصرة ١/ ٢٧٣.

(٢) الرهوني ٧/ ١٩٥.

(٣) انظر: الزرقاني ٧/ ١٦٩.

(٤) المصدر السابق.

تثبت بشاهد واحد نظراً للموصى لهم غير الشاهد، فإذا حلفوا واستحقوا الوصية دخل معهم الشاهد بالتبع على القول بقبول شهادته لنفسه وغيره؛ لضعف التهمة.

والفرق بين الوصية وغيرها حيث لا تقبل شهادته لنفسه وغيره بغير الوصية هو الضرورة، فإن الميت الموصي قد يخشى معالجة الموت، ولا يجد غير الموصى له فيوصي له ولغيره ويشهد على الوصية، بخلاف غير الموصي، فلا ضرورة تدعوه لإشهاد صاحب الحق على حقه مع غيره.

المسألة الثالثة: شهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية، مثل أن يشهد عمرو أن الميت أوصى لخالد بمال، ويشهد خالد أن نفس الميت أوصى لعمرو بمال أيضاً، أو يشهد اثنان لاثنين ويشهد المشهود لهما للشاهدين أو لأحدهما على نفس الميت بوصية لهما بمال، إذا كانت الوصيتان بغير كتاب، أو كانت وصية كل واحد في كتاب، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة[1]

الأول: قبول الشهادتين وثبوت الوصية بها بدون يمين في حالة شهادة الشاهدين لمثلهما، والعكس، وإذا شهد كل شاهد لمثله، فإن كل واحد من الشاهدين يحلف مع شاهده، ويستحق وصيته، سواء كانت شهادة كل منهما للآخر في مجلس أو مجلسين.

القول الثاني: لا تجوز شهادتهما مطلقاً، ولو كانت في مجالس متفرقة.

وهو أحد قولي سحنون، واختاره اللخمي.

القول الثالث: الفرق بين أن تكون الشهادتان في مجلس واحد فترد، أو في مجلس بعد آخر فتقبلان.

---

(١) انظر: الرهوني ٧/ ٣٩٣، التبصرة ١/ ٢٧٢، الوصايا والتنزيل ص٥٥٣.

وحجة القول بالجواز مطلقاً: عموم أدلة القضاء بشهادة العدل والعدلين في حديث البينة على المدعي،

(٢٤٥) لما روى البخاري ومسلم من طريق منصور، عن أبي وائل، قال: قال عبد الله رضي الله عنه: من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان، فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ فقرأ إلى ﴿عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٧٧]، ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا، فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ قال: فحدثناه، قال: فقال: صدق، لفي والله أنزلت، كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله: «**شاهداك أو يمينه**»[١].

وحديث القضاء بالشاهد واليمين[٢]، وغير ذلك، فإنها تشمل شهادة الشاهد لغير من شهد له، ولمن شهد له.

وحجة من قال بردها مطلقاً: تهمة تواطؤ الشاهدين على أن يشهد كل واحد منهما للآخر للوصول إلى مبتغاه من الحصول على الوصية، فيكون من باب: اشهد لي وأشهد لك.

وأما من فرق بين الشهادة في مجلس أو مجلسين: فرأى أن التهمة قوية إذا كانت الشهادتان في مجلس واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما بوصية لشخص في مجلس، ثم قام الشاهد يدعي وصية، فشهد له الموصى له الأول المشهود له من طرف الشاهد، فإن تهمة التواطؤ ضعيفة فلا ترد بها الشهادة.

وهذا قول ابن القاسم ومن معه، وهو الأرجح عند المالكية.

❊ ❊ ❊

---

(١) صحيح البخاري ـ كتاب الرهن: باب إذا اختلف الراهن والمرتهن (٢٣٨٠)، ومسلم ـ كتاب الإيمان: باب وعيد من اقتطع مال حق مسلم بيمين فاجرة (٣٧٣).

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٤٠).

المطلب الحادي عشر
ثبوت الوصية عن طريق شهادة التسامع

تمهيد:

الأصل في الشهادة لإثبات الحق أنه يشترط فيها لصحة تحملها مشاهدة الشاهد للأمر المشهود به، ويشترط لصحة الأداء سبق دعوى، غير أن الشهادة لإثبات الوصية استثنيت من هذين الشرطين، فقبل الفقهاء شهادة التسامع استثناء من شروط التحمل، وقبلوا فيه شهادة الحسبة استثناء من شروط الأداء[(١)]:

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: معنى شهادة التسامع:

قال ابن عرفة المالكيّ: «شهادة السماع» لقبٌ لما يصرّح الشّاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معيّن.

ويقول عنها بعض الحنفيّة: الشّهرة الشّرعيّة، فسَّر ابن عبد الحكم الاستفاضة بأنّها خبر جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة وإن كان فيهم عبيد ونساء»[(٢)].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٩)، الحطاب (٦/ ١٦٥)، النهاية للرملي (٨/ ٣٠٦)، البيجوري على الغزي (٢/ ٣٦٣)، أحكام الشهادات ص٥٦٤.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٣٩٦.

فقوله: بإسناد شهادة لسماع: تخرج شهادة البت، وهي شهادة الشاهد الأصيل الذي سمع المشهود به، أو رآه بنفسه.

وبقوله: من غير معين: تخرج شهادة النقل، وهي: الشهادة على الشهادة؛ لأن المنقول عنه في الشهادة على الشهادة معين[١].

المسألة الثانية: مشروعيتها:

الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه، أي: لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع بنفسه[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا﴾[٣].

ولقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[٤].

ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ولا يتحقق العلم إلا بالمشاهدة والعيان، فلا يحصل العلم إلا بمعاينة السبب، أو بالخبر المتواتر، ولذا فإنها لا تجوز الشهادة بالتسامع، إلا أن هناك أموراً تختص بمعاينة أسبابها خواص الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، وانقراض الأعصار لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعاً.

المسألة الثالثة: مراتبها:

قال ابن رشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/ ٢١٠، شرح ميارة على تحفة الحكام ١/ ٨٥، مواهب الجليل ٦/ ١٩٢.

(٢) طرق الإثبات الشرعية لأحمد إبراهيم ص١١٥.

(٣) آية ٣٦ من سورة الإسراء.

(٤) من آية ٨٦ من سورة الزخرف.

مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل: أن يشهد أن نافعاً مولى ابن عمر رضي الله عنهما، وأن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك، فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا رئي الهلال رؤية مستفيضة، ورآه الجم الغفير من أهل البلد، وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل، قاله الطرطوسي.

المرتبة الثالثة: شهادة السماع، وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها، وصفتها: أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم، وقال محمد: «يقولون: إنا لم نزل نسمع من الثقات»، وقال مطرف وابن الماجشون: «يقولون: سماعاً فاشياً من أهل العدل»، وهذه الشهادة تفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة، وأجازها الفقهاء رحمهم الله للضرورة.

المسألة الرابعة: العدد المعتبر في شهادة السماع:

القول الأول: أنه لابد من عدد يستحيل تواطؤهم على الكذب.

وبهذا قال جمهور الفقهاء[(١)]

القول الثاني: أن المراد بالتسامع حصول الشهرة ولو بخبر عدلين، أو رجل وامرأتين بحيث يحصل للشاهد من خبرهم نوع علم، وفي هذه الحالة

---

(١) نهاية المحتاج ٨/ ٣١٩، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٩، تبصرة الحكام ١/ ٣٤٧، فتح القدير ٧/ ٣٨٩و٣٩٠، المغني ٩/ ١٦٠و١٦٢، الإنصاف ١٢/ ١٣، المحرر في الفقه ومعه النكت والفوائد السنية ٢/ ٢٤٥.

يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة؛ لأنها توجب زيادة علم لا يوجبها لفظ الخبر، ولأن الحقوق تثبت بقول اثنين.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، والمتأخرون من أصحاب الشافعي[(١)].

المسألة الخامسة: الشهادة في التسامع على الوصية:

واختلف العلماء في ثبوت الوصية بالسماع على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الوصية بالسماع.

وهو قول جمهور أهل العلم[(٢)].

القول الثاني: ثبوت الوصية بالسماع.

وبه قال القرافي وابن العربي ومن معهما، فحمل ابن غازي ذلك على الإيصاء بالنظر وتبعه جماعة، فأفتوا بعدم ثبوت الوصية المالية بشهادة السماع[(٣)].

فرع: إذا لم يكن لمدعي الوصية بينة، فإنه لا يحلف الورثة إلا أن يكون الموصى به في يد مدعي الوصية[(٤)].



---

(١) فتح القدير ٧/ ٣٨٨و٣٩٠، تبيين الحقائق ٤/ ٣١٥، طرق الإثبات في الشريعة لأحمد إبراهيم ص١١٦، المغني ٩/ ١٦٢، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٩، أدب القضاة لابن أبي الدم ص٣٣٥و٣٣٦.

(٢) المبسوط ١٦/ ١٥٠، تبيين الحقائق ٤/ ٢١٦، البحر الرائق ٧/ ٧٣، فتح القدير ٧/ ٣٩٢و٣٩٣، الأصول القضائية ص١٩٠، مجمع الأنهر ٢/ ١٩٢، درر الحكام ٤/ ٣٢٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٨، شرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٤/ ٣٢٨، أدب القضاء ٦/ ٤٠٣، المغني ٩/ ١٦١، كشاف القناع ٦/ ٤٠٣، الإنصاف ١٢/ ١١.

(٣) انظر: مواهب الخلاف ٤/ ٣٠٦، البهجة ٤/ ١٣٤.

(٤) انظر: تحفة ابن قاسم بشرح البهجة ١/ ١٥٧، ١٥٨، المعيار ٩/ ٥١٧، ٥١٨.

المبحث الثاني
في الإقرار بالوصية

الإقرار في اللغة: الاعتراف[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: قول يوجب حقاً على قائله[٢].

والمقصود هنا إقرار الورثة أو بعضهم بأن مورثهم أوصى في حياته قبل موته بشيء ما.

وفيه مطالب:

المطلب الأول
إقرار الوارث بموصى له واحد

وهو يختلف بحسب المقر، فإن كان محجوراً عليه لسفه أو لصغر، كان إقراره باطلاً لا أثر له، لا يلزمه به شيء، ولا يلزم باقي الورثة شيء أيضاً، أما عدم لزوم الإقرار له؛ فلأنه محجور ومن شروط المقر التكليف وعدم الحجر، وأما عدم لزوم شيء للورثة فلأن شهادته باطلة؛ لأن من شروط الشهادة الرشد على المشهور المعمول به.

وإن كان رشيداً لا حجر عليه لزمه إقراره مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى،

---

(١) الكليات ١/١٤١ و ٢/٦٥، مفردات الراغب ص٤٩٧ و٦٠٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء ١/٤٨.

واحداً أو أكثر، فإذا لم يكن مع المقر وارث، فإن الموصى له يأخذ جميع الوصية بدون يمين لعدم المنازع.

وإن كان معه وارث منكر لزم المقر من الوصية بقدر ما ينوبه فيها من الميراث، فإذا كانت الوصية بالثلث، لزمه ثلث ما ينوبه، وإن كانت بالربع لزمه ربع نصيبه، وهكذا، ولا يلزم غيره من الورثة المنكرين إذا كان المقر غير عدل لإنكارهم وبطلان شهادة المقر عليهم عدم عدالته.

فإن كان المقر عدلاً واحداً رجلاً فهناك قولان:

الأول: مذهب المالكية، وقياس قول الشافعية، والحنابلة: أن الموصى له يحلف، ويستحق وصيته.

الثاني: للحنفية رد شهادة الوارث وعدم القضاء بها.

ومنشأ الخلاف هنا: الخلاف السابق في القضاء بالشاهد واليمين، فمن رأى القضاء به قال: بثبوتها بإقرار العدل الواحد؛ لأنه مقر على نفسه، وشاهد على غيره، ومن منع القضاء بالشاهد واليمين قال: بعدم ثبوتها بإقرار العدل الواحد من الورثة، ويلزمه نصيبه فقط[1].

بخلاف ما لو كان المقر اثنين من الورثة رجلين عدلين، فإن الوصية تثبت بإقرارهما على أنفسهما، وشهادتهما[2].

وإن كان المقر امرأة واحدة فيلزمها الإقرار في نصيبها، ولا تثبت بها الوصية، ولو كانت وصية كما سبق، بخلاف إقرار امرأتين عدلين فيجري فيهما الخلاف السابق في شهادة النساء بالوصية[3].



(١) المدونة ٤/ ٢٨٩، ٢٩١، المنتقى ٦/ ٦٥.

(٢) الذخيرة ٧/ ١٠٥.

(٣) المدونة ٤/ ٢٨٩.

المطلب الثاني
إقرار الوارث بالوصية، ثم الإقرار بها لآخر بدل الأول

وصورتها: أن يشهد اثنان من الورثة أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، ثم يرجعا عنه ويشهدا أنه أوصى به لشخص آخر، وأنهما أخطأ في الأول.

وقد اختلف فيها: **فقال المالكية**: إن كان رجوعهما قبل دفعها للأول قضي بها للثاني، وبطل إقرارهما للأول، وإن كان بعد دفعها للأول فإنها لا تنزع منه ويغرمان للثاني مثلها؛ لاعترافهما بأن الوصية له، ولا يصدقان على الأول؛ لاتهامهما بدفع الضمان على أنفسهما[(١)]

وقال الحنفية: إذا كان الإقرار الثاني متصلاً بالأول قسم بينهما نصفين، وإن أقر لفلان، ثم قال بعد ذلك لفلان، أو قال لفلان، بل فلان، فهي للأول في الوجهين لثبوتها له بالإقرار الأول.

وإن كان إقراره للثاني بعد دفعها للأول فهي للأول، ويضمن مثلها للثاني، إلا يكون دفعها للأول بحكم قاض فلا ضمان عليه للثاني[(٢)].

وقال ابن قدامة: «وإن أقر به لواحد، ثم أقر به لآخر في مجلس آخر، لم يقبل إقراره؛ لأنه ثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق

---

(١) الذخيرة ٧/ ٤٦.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٧.

الأول، إلا أن يكون عدلاً، فيشهد بذلك، ويحلف معه المقر له، فيشاركه، كما لو ثبت للأول ببينة.

وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يقبل؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع، فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر. والثاني: يقبل؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة»[1].

والأقرب: الرجوع إلى القرائن.

❊ ❊ ❊

المطلب الثالث
إقرار بعض الورثة لغير من أقر له الآخر

ومثاله: ما لو أقر أحد الابنين أن أباه أوصى بالثلث أو بداره لفلان، ويقر الابن الآخر بأن أباه أوصى بذلك لشخص آخر غير الذي سماه أخوه.

والحكم فيها: أن يحلف كل واحد من الموصى لهما، ويشتركا في الوصية إذا كان الوارثان المقران عدلين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر أخذ الوصية الحالف وحده، ولا رجوع للناكل بشيء على من أقر له بالثلث؛ لأن الوصية في الثلث لم يبق منه شيء.

فإن نكل المقر لهما عن اليمين، أو كان الوالدان المقران غير عدلين أعطى كل واحد من الولدين ثلث ما بيده لمن أقر له بالوصية بالثلث مؤاخذة له بإقراره.

فإن رجعا بعد الحكم وأقرا أن الذي أقر به أخوه حق، فإن المقر لهما

---

(١) المغني ٦/ ٦٥.

يرجع كل واحد منهما على من أنكر وصيته بثلث ما في يده؛ لاعترافه بإتلاف ذلك عليه بإنكاره حقه في الوصية[١].

❁ ❁ ❁

المطلب الرابع
تعارض الشهادة والإقرار

والحكم فيها مختلف باختلاف الوارث المقر، فإن كان المقر اثنين عدلين وشهدا أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، وشهدت البينة لشخص آخر أنه أوصى له بالثلث، فإنه يعمل بالحجتين معاً، ويقسم بينهما إذا كان ذلك في موطنين مختلفين؛ لإمكان كونه وصى به مرتين.

وإن كان في موطن واحد، فهو تكاذب يحكم بأعدل البينتين، وإن كان المردود شهادتهما الوارثين الولدين لم يكن للمقر له الرجوع عليهما بشيء.

واختلف إذا كانت البيتان متكافئتين:

فقال ابن القاسم: يسقطان ويصدق الورثة لمن أقروا له.

وقيل: يحلفان ويقسم بينهما.

ومنشأ الخلاف بينهما هنا: هو الخلاف المشهور فيمن ادعى شيئاً بيد رجل ثالث، وتكافأت البينتان، لمن يقضى به؟ فمن قال: يقضى به لمن هو في يده، أو لمن يقر له به، قال: يقضى به هنا لمن أقر به الورثة؛ لأنه في أيديهم، وقد أقروا به لمن شهدوا له به.

ومن قال: لا يكون لمن هو في يده لاتفاق البينتين على أنه ليس له،

---

(١) الذخيرة ٧/٤٦.

وأنهما يحلفان ويقسم بينهما، قال هنا: يحلفان ويقسم بينهما؛ لاتفاق البينتين على إخراجه من مال الميت.

وكذلك اختلف إذا شهد الوارثان بالوصية لشخص بمعين يساوي الثلث، وشهد أجنبيان بوصيته بالثلث لشخص آخر، والوارثان غير عدلين، أو يتهمان.

فقال ابن القاسم: يخرج الثلث بشهادة الأجنبيين، ويلزم الوارثين دفع المعين للموصى له به، بإقرارهما أنه له.

وقال أشهب: يلزمهما ثلثه فقط مؤاخذة لهم بإقرارهما في الباقي، واعتبار الثلث المقضي به بشهادة البينة، كأنه جائحة أصابت المال.

وقال الحنفية: ولو أقرّ الوارث أنّ أباه أوصى بالثلث لفلان، وشهدت الشّهود أنّه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمشهود له، ولا يكون للذي أقرّ له الوارث.

وقال الحنابلة: إن كان المقر ليس بعدل، أو كان امرأة فالثلث لمن شهدت له البينة؛ لأن وصيته ثابتة، ولم تثبت وصية من أقر له الوارث[(١)].

وإن كان الوارث المقر رجلاً عاقلاً عدلاً، وشهد بالوصية بالثلث لفلان، وأقام غيره شاهدين أنه أوصى له به، فإن المقر له يحلف مع شهادة الوارث العدل، ويشترك مع من شهدت له البينة بالثلث، بناء على ثبوت الوصية بالشاهد واليمين أخذاً بحديث أنه ﷺ: «قضى بالشاهد واليمين»[(٢)].

واختلف: إذا شهد عدلان لشخص بثلث، وشهد عدل آخر لشخص ثان بثلث.

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٦٥، الوصايا والتنزيل ص٥٥٦.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٤٠).

فقيل: يتعارضان، فيحلف الثاني مع شاهده، ويقسم الثلث بينهما؛ لأن الشاهد واليمين حجة في الأموال.

وقيل: تقدم شهادة العدلين على شهادة العدل، ويقضى بالثلث لمن شهدا له، والله أعلم[١].



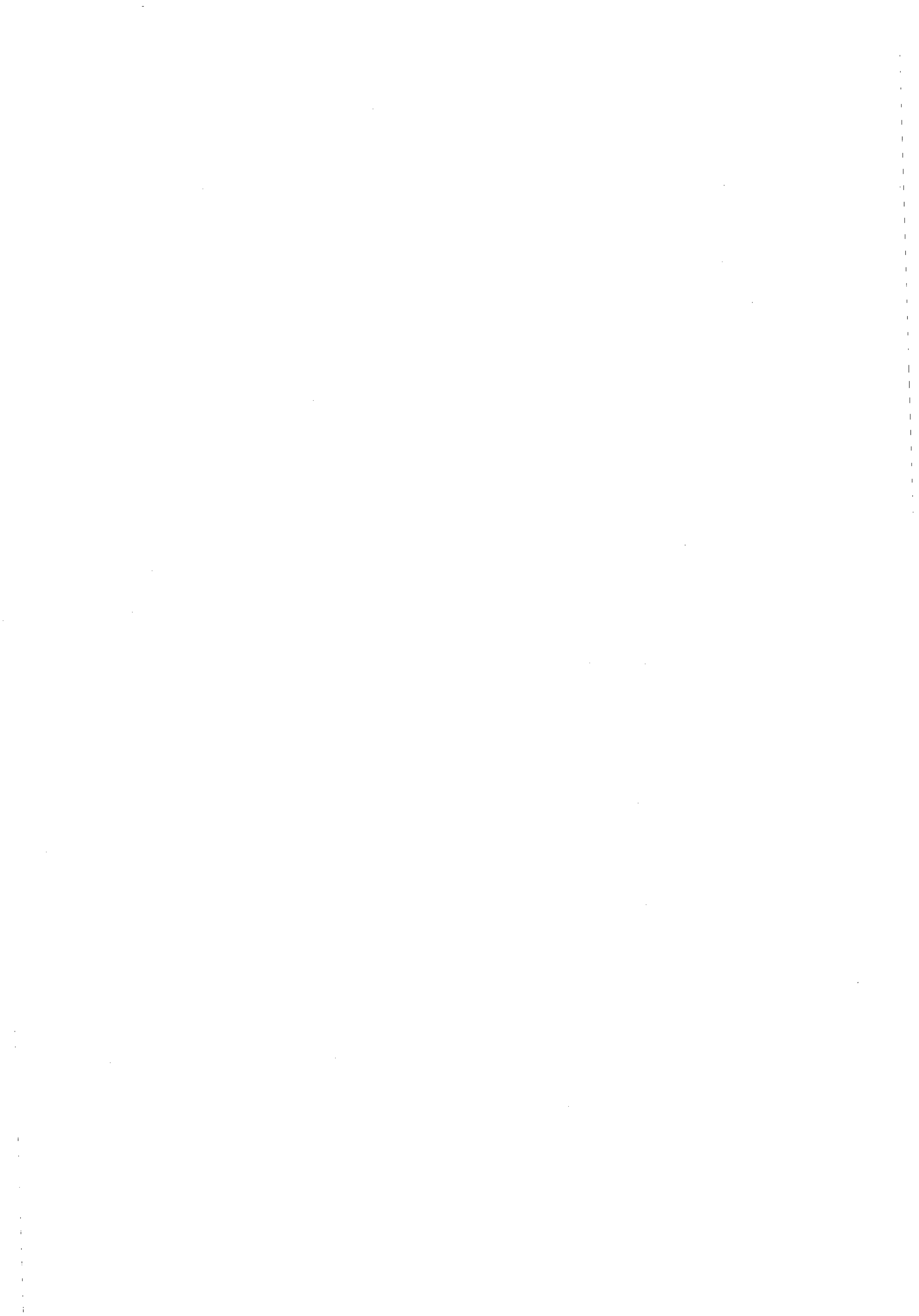
(١) المصادر السابقة.

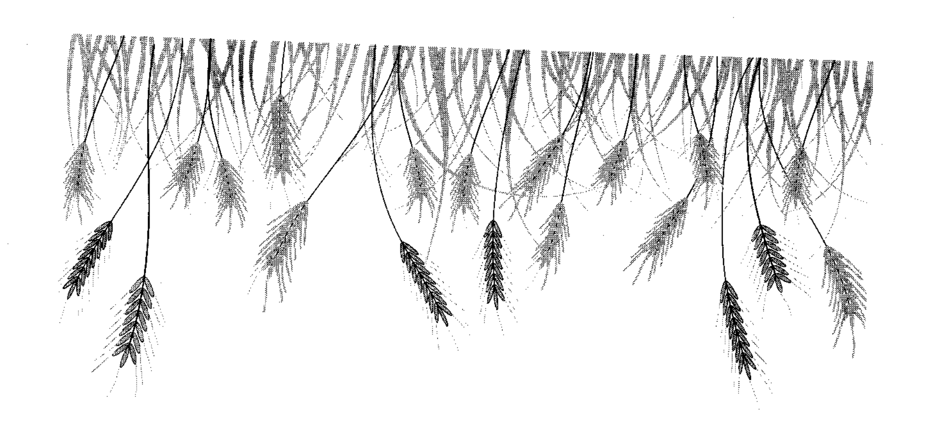
المبحث الثالث

ثبوت الوصية بالخط والكتابة

وقد تقدم بحث هذه المسألة في الحديث عن صيغة الوصية.







الفصل الثاني

شروط الموصين، وحكمها، وأدلتها

وفيه مباحث:

المبحث الأول: المراد بها.

المبحث الثاني: أدلتها.

المبحث الثالث: حكمها.

المبحث الرابع: قواعد في شروط الموصين.

المبحث الخامس: تغيير شروط الموصي.





المبحث الأول
المراد بشروط الموصين

الشرط في اللغة: هو إلزام شيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة، والجمع شروط، وفي المثل: الشرط أملك، عليك أم لك.

والشرط بفتح الشين المشددة وفتح الراء: العلامة، يجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة، أي: علاماتها، قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾[1].

وفي الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته[2].

والمراد بشروط الموصين اصطلاحاً: ما يشترطه الموصي في وصيته، مما فيه مصلحة.



---

(١) القاموس المحيط ٢/ ٣٨١، الصحاح ٣/ ١١٣٦.

(٢) الفروق ١/ ٦٠، شرح تنقيح الفصول ص٢٦٢.

المبحث الثاني
حكمها، وأدلتها

يتفق الأئمة الأربعة على أن الأصل في شروط الموصي الحل والصحة، وأن العمل بها واجب في الجملة على الوصي، ما لم تكن هذه الشروط مخالفة للشرع، وما لم تقتض الضرورة أو المصلحة مخالفتها ـ كما سيأتي ـ[1].

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

١ ـ قوله تعالى في شأن الوصية: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾[2]، فبيّن أن التبديل في الوصية إثم.

قال ابن كثير: «وقوله: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ يقول تعالى: فمن بدل الوصية وحرفها، فغير حكمها وزاد فيها أو نقص ـ ويدخل في ذلك الكتمان لها بطريق الأولى ـ ﴿فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾ قال ابن عباس وغير واحد: وقد وقع أجر الميت على الله، وتعلّق الإثم بالذين بدلوا ذلك ﴿أَنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ أي: قد اطلع على ما أوصى به الميت، وهو عليم بذلك، وبما بدله الموصى إليهم»[3].

---

(١) رد المحتار (٤/ ٣٦٦)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٤١)، العزيز شرح الوجيز (٦/ ٢٦١)، الشرح الكبير (١٦/ ٤٤٠).

(٢) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٣) تفسير ابن كثير ١/ ٤٩٢.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[١]، والأمر بإيفاء العقد يتضمن إيفاء أصله، ووصفه، ومن وصفه: الشرط فيه.

(٢٤٦) ٣ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق الليث قال: حدّثني يزيد ابن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج**»[٢].

٤ ـ قوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»[٣]، والموصي قد أوصى بماله على هذا الشرط، ولم يأذن في صرفه إلا على هذا الوجه، فوجب الالتزام به؛ لأن الأصل في الأموال العصمة.

٥ ـ فعل الصحابة رضي الله عنهم، فقد شرطوا في وصاياهم شروطاً، ولو لم يكن اتباع تلك الشروط واجباً على من يلي وصاياهم؛ لكان اشتراطها خالياً من الفائدة وعبثاً[٤].

٦ ـ ما رواه مالك في الموطأ عن القاسم بن محمد أنه قال: «ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا»، قال مالك: «وعلى ذلك الأمر عندنا»، وقال الباجي: «أي: عند علماء المدينة»[٥].

٧ ـ أن الناظر بمنزلة الوكيل عن الموصي، والوكيل يجب عليه اتباع شرط موكله، كما لو قال له موكله: تصدق بهذا المال على فقراء البلد الفلاني، فإنه لا خلاف في وجوب التقيّد به، وعدم جواز تفريقه على

---

(١) من آية ١ من سورة المائدة.

(٢) صحيح البخاري في الشروط: باب الشروط في المهر (٢٧٢١)، ومسلم في النكاح: باب الوفاء بالشروط في النكاح (١٤١٨).

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٩).

(٤) الذخيرة (٦/٣٢٦)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/٤٤٠)، المبدع (٥/٣٣٣).

(٥) الموطأ مع المنتقى للباجي (٦/١٣٣).

غيرهم[١]، فكذلك يجب على من يلي النظر في الوصية التقيد بشروط الموصي.



---

(١) فتاوى السبكي (١/ ٤٩١).

المبحث الثالث
قواعد في شروط الموصين

ذكر العلماء رحمهم الله تعالى قواعد في شروط الموصين مع ما سبق من القاعدة الكبيرة: أن الأصل في شروط الموصين الحل والصحة:

الأولى: قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «مع أن التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والناذر والحالف، وكل عاقد يحمل على مذهبه وعادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافق لغة العرب أو لغة الشارع أو لا، والعادة المستمرة والعرف المستقر في الواقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظه لاستفاضته»[١].

الثانية: أن ألفاظ الموصين تبنى على عرفهم، وقد تقدم عن شيخ الإسلام ما يدل على ذلك[٢].

الثالثة: إذا شرط الموصي شرطين متعارضين ولم يمكن العمل بهما، يعمل بالمتأخر منهما[٣]؛ لأن الشرط الأخير يسفر عن المراد وعن غرض الواقف، وقد قال الفقهاء بوجوب مراعاة غرض الواقف، وأنه يصلح مخصصاً[٤]، ويظهر فائدة هذا أيضاً فيما إذا كان للفظ محتملان، فإنه يجب

---

(١) الاختيارات (ص١٧٦).
(٢) تنقيح الحامدية لابن عابدين (١/ ١٣٠)، الاختيارات (ص١٧٦).
(٣) تنقيح الحامدية (١/ ١٣٦).
(٤) المرجع السابق (١/ ١٢٧).

تعيين أحدهما بالغرض[١].

وقالوا أيضاً: إذا تعارضت عبارتان في كلام الواقف، إحداهما تقتضي حرمان بعض الموقوف عليهم، والأخرى تقتضي عدمه، فالأقرب إلى مقاصد الواقفين أنهم لا يقصدون حرمان أحد من ذريتهم، فيترجح جانب العطاء؛ لأن الحرمان ليس من مقاصد الواقفين غالباً[٢].

الرابعة: قال الشيخ عبد الرحمن السعدي: «القاعدة التاسعة: العرف والعادة يرجع إليه في كل حُكم حَكم به الشارع ولم يجده... ومن فروعها: أن الأوقاف يرجع في مصارفها إلى شروط الواقفين التي لا تخالف الشرع، فإن جهل شرط الموقف رجع في ذلك إلى العادة والعرف الخاص، ثم إلى العرف العام في صرفها في طرقها»[٣].

وكذا في شرط الموصي؛ إذ إن العلماء يلحقون الوصية بالوقف في كثير من المسائل.

الخامسة: قال الشيخ السعدي: «ومن الفروق الصحيحة التفريق بين شروط الموقفين والموصين ونحوهم: أن ما وافق منها الشرع اعتبر وما خالفه ألغي، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، وهذا القول مطرد في كل الشروط، كما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله»[٤].



(١) المرجع السابق (١/ ١٣٧).
(٢) المرجع السابق (١/ ١٣٠).
(٣) القواعد والأصول الجامعة ص٥٢ ـ ٥٤.
(٤) الاختيارات ص١٢٥، القواعد والأصول الجامعة ص١٢٢.

المبحث الرابع
حكم تغيير شرط الموصي، وأقسامه

الأصل: وجوب العمل بشرط الموصي، وعدم جواز تغييره وتبديله ـ كما سبق قريباً ـ؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾[١]؛ لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[٢]، والإيفاء بالعقد يتضمن الإيفاء بأصله ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه، ولما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**المسلمون على شروطهم**»[٣]، ولأن الصحابة رضي الله عنهم أوصوا واشترطوا في وصاياهم[٤]، فلو لم يجب اتباع شرطهم لم يكن في اشتراطهم فائدة.

تغيير شرط الموصي ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تغييره من أعلى إلى أدنى:

فهذا محرم ولا يجوز بالاتفاق[٥]؛ لما تقدم من الدليل على وجوب العمل بشرط الموصي.

مثل: أن يوصي لفقراء أقاربه، فيصرف إلى فقراء الأجانب، ونحو ذلك.

القسم الثاني: تغييره من مساوٍ إلى مساوٍ:

---

(١) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٢) من آية (١) من سورة المائدة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٩).

(٤) تقدم تخريجه برقم (١٥).

(٥) المصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

وهذا أيضاً محرم ولا يجوز بالاتفاق[١]؛ إذ الأصل: وجوب العمل بشرط الموصي، لما تقدم من الدليل على ذلك.

مثل: أن يوصي لفقراء بلد، فيصرف إلى فقراء بلد آخر، ونحو ذلك.

القسم الثالث: تغييره من أدنى إلى أعلى: وله أحوال:

الحال الأولى: أن تكون الوصية بوقف من الأوقاف، فتقدم في كتابي أحكام الوقف حكم تغيير شرط الواقف، وأنه مشروع عند المصلحة الغالبة، وقد ذكرت أقوال أهل العلم في هذه المسألة، وأدلتهم في كتابي: أحكام الوقف.

الحال الثانية: أن تكون لجهة خاصة:

كما لو وصى لزيد من الناس ونحو ذلك، فلا يجوز تغيير الوصية؛ لما تقدم من وجوب العمل بشرط الموصي، ولأن العين مقصودة هنا.

الحال الثالثة: أن تكون لجهة عامة.

مثل أن يوصي للعُبَّاد، فيصرفه إلى العلماء؛ إذ العلم عبادة متعدية، بخلاف مجرد التعبد بالصلاة أو الاعتكاف ونحو ذلك، قال شيخ الإسلام: «حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية، واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند»[٢].

فيظهر مشروعية ذلك عند المصلحة الغالبة، وقد نص العلماء على مواضع من تغيير شرط الموصي عند المصلحة كما سنذكره، ويدل لذلك الأدلة الكثيرة الدالة على تغيير شرط الواقف مع شدة لزوم الوقف، وقد سبق أن بينتها في كتاب أحكام الوقف، وسأشير إلى شيء منها.

---

(١) المصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(٢) الاختيارات ص١٧٦، الإنصاف ٧/ ٥٨.

من المواضع التي أجاز فيها العلماء تغيير شرط الموصي إذا كان على جهة عامة:

فالحنفية في فروع أجازوا للوصي مخالفة نص الوصية من ذلك[١]:

١ ـ أجازوا له في الوصية على فقراء بلد بعينه أن يصرفها لفقراء بلد غير الذي سماه الموصي على خلاف بينهم، كالوصية لفقراء مكة، أو للفقراء الحجاج.

٢ ـ وفي الوصية بالصدقة بمعين على الفقراء أجازوا الصدقة بعين المعين، أو ببيعه والصدقة بثمنه، أو إمساكه والتصدق بقيمته على خلاف بينهم أيضاً، مثل: تصدقوا بهذه البقرة أو هذا الثوب.

٣ ـ وفي الوصية بالتصدق في عشرة أيام أجازوا التصدق بالجميع في يوم واحد.

وإذا أوصى بالتصدق على عشرة مساكين، فتصدق بالمبلغ كله على مسكين والعكس.

٤ ـ وفي الوصية بالصدقة بألف درهم أجازوا التصدق بالحنطة، وإذا كانت بالحنطة أجازوا التصدق بالدراهم بدلها.

وقد خالف المالكية هذه القاعدة فيما يعرف عندهم بمسائل خلع الثلث حين خيروا الورثة بين تنفيذ الوصية كما هي، أو إعطاء الموصى له ثلث مال الميت، وقد سبق الحديث عنها في مطلب الموصى به.

القول الثاني: عدم جواز تغيير شرط الموصي.

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة.

وحجة من قال بالجواز:

(٢٤٧) ١ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق زيد بن رومان، عن

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/ ١٣٤، الفتاوى الحائية ٦/ ٤٤٢.

عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: **«يا عائشة لولا أن قومك حديثو عهد بشرك لهدمت الكعبة، فألزقتها بالأرض، وجعلت لها بابين باباً شرقياً وباباً غربياً، وزدت فيها ستة أذرع من الحجر، فإن قريشاً اقتصرتها حيث بنت الكعبة»**[١].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ: «ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض، ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً، وأنه كان أصلح لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعلم أنه جائز في الجملة، وتبديل التأليف بتأليف آخر هو أحد أنواع الإبدال»[٢].

وقال ابن قاضي الجبل: «هذا الحديث دل على مساغ مطلق الإبدال في الأعيان الموقوفات للمصالح الراجحات»[٣].

وإذا كان هذا في أصل الوقف، ففي وصفه، وهو الشرط فيه من باب أولى، فيجوز تغيير الشرط من أدنى إلى أعلى، وإذا جاز هذا في الوقف وهو أشد نفوذ، فهو في الوصية من باب أولى.

(٢٤٨) ٢ ـ ما رواه أبو داود قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، قال: أخبرنا حبيب المعلم، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: **«أن رجلاً قام يوم الفتح فقال: يا رسول الله، إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، قال:**

---

(١) صحيح البخاري في الحج: باب فضل مكة وبنيانها (ح١٥٨٦)، ومسلم في الحج: باب نقض الكعبة وبنائها (ح١٣٣٣)، واللفظ لمسلم.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/ ٢٤٤.

(٣) المناقلة بالأوقاف ص ١٠٠.

«صلّ هاهنا» ثم أعاد عليه، فقال: «صلّ هاهنا» ثم أعاد عليه، فقال: «شأنك إذن»[(١)].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال النذر مع لزومة بخير منه، فكذلك الوصية.

(٢٤٩) ٣ ـ ما رواه أبو داود: حدثنا محمد بن منصور، حدثنا يعقوب بن

---

(١) سنن أبي داود (٣٣٠٥).
ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن ١٥/ ٣٦٠.
وأخرجه أحمد ٣/ ٣٦٣ عن عفان،
وعبد بن حميد (١٠٠٩) عن محمد بن الفضل،
والدارمي (٢٣٣٩) عن حجاج بن المنهال،
وابن الجارود (٩٤٥) من طريق يزيد بن هارون،
وأبو يعلى (٢١١٦) و(٢٢٢٤) من طريق إبراهيم،
والحاكم ٤/ ٣٠٤ ـ ٣٠٥ من طريق مسلم بن إبراهيم وحجاج بن المنهال،
ستتهم (عفان، ومحمد، وحجاج، ويزيد، وإبراهيم، ومسلم) عن حماد بن سلمة، به.
وأخرجه البيهقي ١٠/ ٨٢ ـ ٨٣ من طريق بكار بن الخصيب، عن حبيب المعلم، به.
وأخرجه عبد الرزاق (١٥٨٩١) من طريق إبراهيم بن يزيد عن عطاء مرسلاً.
وأخرجه الطبراني في الكبير ٧/ ٣٢٠ من طريق إبراهيم بن عمر المكي، قال: سمعت عطاء مرسلاً.
الحكم على الحديث: قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».
وسكت عنه الذهبي في التلخيص، وقال ابن الملقن ٢/ ٥٦٦: «وكذا جزم بهذا الشيخ تقي الدين في آخر الاقتراح»، وقال ابن عبد الهادي في المحرر: «ورجاله رجال الصحيح».
وسنده صحيح.
وفي الباب عن عمر بن عبد الرحمن بن عوف، عن رجال من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ عند عبد الرزاق (١٥٨٩٠)، وأبي داود (٣٣٠٦).

إبراهيم، حدثنا أبي، عن ابن إسحاق قال: حدثني عبد الله بن أبي بكر، عن يحيى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة، عن عمارة بن عمر بن حزم، عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: «بعثني النبي ﷺ مصدّقاً، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا ابنة مخاض، فقلت له: أدّ ابنة مخاض، فإنها صدقتك، فقال: ذاك ما لا لبن فيه ولا ظهر، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخذها، فقلت له: ما أنا بآخذ ما لم أؤمر، وهذا رسول الله ﷺ منك قريب، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت عليّ فافعل، فإن قبله منك قبلته، وإن ردّه عليك رددته، قال: فإني فاعل، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض علي حتى قدمنا على رسول الله ﷺ، فقال له: يا نبي الله، أتاني رسولك ليأخذ مني صدقة مالي، وأيم الله ما قام في مالي رسول الله ﷺ ولا رسوله قط قبله، فجمعت له مالي فزعم أن علي فيه ابنة مخاض، وذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر، وقد عرضت عليه ناقة فتية عظيمة ليأخذها فأبى عليّ، وها هي ذِهْ قد جئتك بها يا رسول الله خذها، فقال له رسول الله ﷺ: «**ذاك الذي عليك، فإن تطوعت بخير آجرك الله فيه وقبلنا منك**»، **قال: فها هي ذه يا رسول الله قد جئتك بها فخذها، قال: فأمر رسول الله ﷺ بقبضها، ودعا له في ماله بالبركة**»[1].

---

(١) سنن أبي داود في الزكاة: باب في زكاة السائمة (ح١٥٨٣).
وأخرجه أحمد في المسند ٥/ ١٤٢، ومن طريقه الحاكم في المستدرك ١/ ٥٥٦، وعنه البيهقي في السنن٤/ ١٦٢، عن محمد بن منصور،
وأخرجه ابن خزيمة (٢٢٧٧) عن إسحاق بن منصور،
كلاهما: محمد، وإسحاق عن يعقوب بن إبراهيم به بنحوه.
وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٢٦٩) بنحوه من طريق يونس بن بكير،
وعبد الله بن أحمد في زوائده ٥/ ١٤٢ من طريق جرير،
كلاهما: يونس، وجرير، عن محمد بن إسحاق، به، بنحوه.
وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢٣٨٠) من طريق محمد بن سلمة، عن محمد بن=

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال جنس الواجب في الزكاة، بخير منه من نوعه، فإذا وجبت بنت مخاض فأدى بنت لبون، أو وجبت بنت لبون فأدى حقة جاز، وإذا ثبت هذا في الزكاة مع وجوبها فالوصية من باب أولى.

(٢٥٠) ٤ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق مالك بن أنس، عن زيد بن أسلم، عن أبيه: سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ، فقال: «**لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه**»[1].

قوله: «**فأضاعه**» يقتضي أن الذي كان عنده قصّر في حقه حتى ضعف فبيع، لضياعه وضعفه، ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك، وإنما نهى عمر رضي الله عنه عن شرائه، لكونه تصدق به.

فجاز الإبدال في أصل الصدقة، فكذا في الوصية.

(٢٥١) ٥ ـ ما أورده شيخ الإسلام نقلاً عن الشافعي: حدثنا الخلال، حدثنا صالح بن أحمد، حدثنا أبي، حدثنا يزيد بن هارون، ثنا المسعودي عن القاسم قال: «لما قدم عبد الله بن مسعود رضي الله عنه على بيت المال كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر، قال: فنقب

= إسحاق، عن عبد الله بن أبي نجيح، عن عبد الرحمن بن أبي عمرة، عن عمارة، به، ومن التخريج يتضح أنه اختلف فيه على ابن إسحاق على وجهين.

الحكم على الحديث: الحديث صححه ابن خزيمة، وابن حبان، والحاكم على شرط مسلم، وأقره الذهبي، وحسنه الضياء في المختارة (١٢٥٥)، وفي إسناده محمد بن إسحاق، وهو صديق يدلس وقد صرح بالتحديث، فإسناده حسن.

(١) صحيح البخاري في الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (ح٢٦٢٣)، ومسلم في الهبات: باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به (ح١٦٢١).

بيت المال فأخذ الرجل الذي نقبه، فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر أن لا تقطع الرجل وأن انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلٍّ»[١] وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان كالإجماع[٢].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعاً أن يبدل به غيره للمصلحة، فلأن يجوز الإبدال بالأصلح والأنفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى»[٣].

قال ابن قاضي الجبل: «هذا الأثر كما أنه يدل على مساغ بيع الوقف عند تعطل نفعه، فهو دليل أيضاً على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة؛ لأن هذا المسجد لم يكن نفعه متعطلاً، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني»[٤].

وإذا جاز في أصل الوقف، ففي الوصية أولى.

٦ ـ أن الصحابة رضي الله عنهم غيروا كثيراً من بناء مسجد النبي ﷺ بأمكن منه للمصلحة الراجحة في ذلك[٥]، فقد ثبت أن عمر وعثمان غيرا بناءه، أما عمر فبناه بنظير بنائه الأول باللبن والجذوع، وأما عثمان فبناه بمادة أعلى من تلك

---

(١) هذا الأثر اشتهر في كتب الفقهاء كالمغني ٨/ ٢١٢، والمبدع ٥/ ٣٥٣، وقد أورده شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٣١/ ٢١٥ نقلاً عن الشافي لأبي عبد العزيز قال: حدثنا الخلال به. وهو إسناد حسن، إلّا أنه منقطع؛ القاسم لم يسمع من جده ابن مسعود كما تقدم.

(٢) شرح الزركشي ٤/ ٢٨٨.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣١/ ٢٢٩.

(٤) المناقلة بالأوقاف ص ٩٣.

(٥) المناقلة بالأوقاف ص ١٠١.

كالساج[(١)]، وبكل حال فاللبن والجذوع التي كانت وقفاً أبدلها الخلفاء الراشدون بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر، ولا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك[(٢)].

وإذا جاز في أصل الوقف ففي الوصية أولى.

٧ ـ أن بعض الصحابة رضي الله عنهم سوغ نقل الملك في أعيان موقوفة تارة بالتصدق بها، وتارة ببيعها عند المصلحة وإبدالها بجنسها.

(٢٥٢) فقد ورد عن عمر رضي الله عنه «أنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج»[(٣)].

(٢٥٣) ما رواه البيهقي: أخبرنا أبو الحسن محمد بن أبي المعروف الفقيه، أنبأ بشر بن أحمد الإسفرائيني، أنبأ أبو جعفر أحمد بن الحسين بن نصر الحذاء، ثنا علي بن عبد الله المديني، حدثني أبي، أخبرني علقمة بن أبي علقمة، عن أمه قالت: «دخل شيبة بن عثمان الحجبي على عائشة رضي الله عنها فقال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تجتمع علينا فتكثر، فنعمد إلى آبار فنحتفرها فنعمقها، ثم ندفن ثياب الكعبة فيها كيلا يلبسها الجنب والحائض، فقالت له عائشة رضي الله عنها: **ما أحسنت، ولبئس ما صنعت إن ثياب الكعبة إذا نزعت منها لم يضرها أن يلبسها الجنب والحائض، ولكن بعها واجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله**، قالت: فكان شيبة بعد ذلك يرسل بها إلى اليمن فتباع هناك، ثم يجعل ثمنها في المساكين، وفي سبيل الله، وابن السبيل»[(٤)].

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة: باب بنيان المسجد (ح٤٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنه.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/ ٢٤٤.

(٣) الأثر أخرجه الفاكهي في أخبار مكة ٥/ ٢٣١، وانظر: فتح الباري ٣/ ٤٥٨.

(٤) سنن البيهقي ٥/ ١٥٩.

قال ابن قاضي الجبل: وهذا ظاهر في مطلق نقل الملك عند رجحان المصلحة[١]، وكذا الوصية.

وحجة من قال بعدم الجواز:

١ ـ ما تقدم من الأدلة الدالة على وجوب العمل بشرط الموصي.

(٢٥٤) **٢** ـ ما رواه الإمام أحمد من طريق الجهم، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنهما قال: «أهدي عمر بن الخطاب نجيباً[٢]، فأعطي بها ثلاثمئة دينار، فأتى النبي ﷺ فقال: **يا رسول الله إني أهديت نجيباً، فأعطيت بها ثلاثمئة دينار، أفأبيعها وأشتري بثمنها بدناً؟ قال: «لا، انحرها إياها»**[٣].

= وأخرجه الفاكهي في أخبار مكة ٥/ ٢٣١ عن علقمة بن أبي علقمة، عن أمه، عن عائشة به، وهو معلول بضعف عبد الله والد علي بن المديني.

قال المزي في تهذيب الكمال (١٤/ ٣٧٩): «قال عبد الله بن أحمد بن حنبل، عن أبيه: كان وكيع إذا أتى على حديث عبد الله بن جعفر المديني، قال: اجز عليه».

وقال أبو حاتم: منكر الحديث جداً، يحدث عن الثقات بالمناكير، يكتب حديثه، ولا يحتج به، وكان علي لا يحدثنا عن أبيه، وكان قوم يقولون: علي يعق أباه، لا يحدث عنه، فلما كان بأخره، حدث عنه.

وقال النسائي: (متروك الحديث).

انظر: تاريخ البخاري الكبير ٥/ الترجمة ١٤٨، والجرح والتعديل: ٥/ الترجمة ١٠٢، والمجروحين لابن حبان ٢/ ١٤.

(١) المناقلة بالأوقاف ص١١٣.

(٢) النجيب: الفاضل من كلّ حيوان. انظر: النهاية في غريب الحديث، مادة (نجب) ٥/ ١٧.

(٣) مسند أحمد ٢/ ١٤٥،

وأبو داود (١٧٥٦) عن النُّفَيلي،

وابن خزيمة ٢٩١١ عن أحمد بن أبي الحرب البغدادي،

والبيهقي في كتاب الحج : باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه بخير ولا أشر منه ٥/ ٢٤١ ـ ٢٤٢ من طريق علي بن عيسى الألثغ المخرمي،

أربعتهم (أحمد بن حنبل، وعبد الله بن محمد النفيلي، وأحمد بن أبي الحرب، وعلي=

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ منع عمر بن الخطاب من تغيير الهدي، فيقاس عليه تغيير الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث ضعيف لا يحتج به لأمرين:

أحدهما: أن فيه الجهم بن الجارود، قال الذهبي: فيه جهالة[(١)].

الثاني: أن الحديث فيه انقطاع، فقد ذكر البخاري في تاريخه: أنه لا يعرف لجهم سماع من سالم[(٢)].

الوجه الثاني: لو فرض صحة الحديث، فإنه يقال: إن فرض المسألة كون العين التي وقع الاستبدال بها أرجح من الوقف وأولى، والعين التي أراد عمر الاستبدال بها ليست أرجح من النجيبة بالنسبة على القرب إلى الله تعالى، بل النجيبة كانت راجحة على ثمنها، وعلى البدن المشتراة به؛ وذلك لأن خير الرقاب أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها، والمطلوب أعلى ما يؤخذ فيما يتقرب به إلى الله تعالى، وتجنب الدون[(٣)].

الوجه الثالث: لو فرض صحة الحديث، ولو سلمنا كون الاستبدال

= ابن عيسى) عن محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، عن الجهم بن الجارود، عن سالم بن عبد الله، فذكره.

في رواية ابن خزيمة: عن شهم بن الجارود.

قال أبو بكر بن خزيمة: هذا الشيخ اختلف أصحاب محمد بن سلمة في اسمه، فقال بعضهم: جهم بن الجارود. وقال بعضهم: شهم.

قال البخاري في التاريخ الكبير ٢/ ٢٣٠: لا يعرف لجهم سماع من سالم.

قال الذهبي في ميزان الاعتدال ١/ ٤٢٦: فيه جهالة.

(١) ميزان الاعتدال ١/ ٤٢٦.

(٢) التاريخ الكبير ٢/ ٢٣٠.

(٣) انظر: المناقلة بالأوقاف ص١١٢.

بالهدي والأضحية ممنوعاً منه لم يلتزم عدم جواز الاستبدال في الوصايا عند رجحان المصالح؛ وذلك أن الوقف مراد لاستمرار ريعه، ودوام غلته؛ بخلاف الهدي والأضحية[١].

٣ ـ أن للواقف غرضاً وقصداً في تعيين الجهة التي تصرف إليها الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن مخالفة شرط الموصي إلى أعلى فيه تحقيق لغرض الموصي وزيادة.

٤ ـ أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فيمنع من تغيير شرط الموصي منعاً لئلا يتلاعب بالوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مسلم حال التلاعب، وتبقى المشروعية حال السلامة.

الترجيح:

من خلال هذا العرض تظهر قوة أدلة القول الأول القائل بجواز تغيير الوصية إذا لم تكن لمعين عند رجحان المصلحة؛ لقوة دليله، لكن سداً لذريعة التلاعب بالوصايا، وخشية مخالفة غرض الموصي وقصده يقيد بما يلي:

١ ـ أن يكون التغيير بإذن القاضي، أو فتاوى العلماء.

٢ ـ ظهور المصلحة التي يراد تغيير الشرط إليها.



---

(١) انظر: المصدر السابق.



الفصل الثالث

مبطلات الوصية

وفيه مباحث:





المبحث الأول
المبطل الأول: الرجوع عن الوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول
جواز رجوع الموصي عن الوصية

أجمع الفقهاء[1] على أن الوصية عقد غير لازم، وأن الموصي يحق له أن يرجع عن وصيته، متى ما أراد ذلك، وأن ذلك لا يفوت عليه إلا بالموت، فإذا مات قبل أن يرجع عن وصيته، فإن وصيته تنفذ، ولا يحق للورثة أن يفسخوها ما دامت لا تخالف نصاً شرعياً، ولا حيف فيها

---

(١) المبسوط ٢٧/١٥٧، بدائع الصنائع ٧/٣٧٨، تبيين الحقائق ٦/١٨٦، العناية شرح الهداية ١٠/٤٣٦، الجواهر النيرة ٢/٢٩٦.
والمنتقى شرح الموطأ ٦/١٤٨، النوادر والزيادات ١١/٣٣٠، التاج والإكليل ٨/٥٢١ ـ ٥٢٢، شرح ميارة ٢/٢١٨.
والأم ٤/٥٣، البيان ٨/٢٩٦، أسنى المطالب ٣/٦٤، شرح البهجه الوردية ٤/٤٣، تحفة المحتاج ٧/٧٦.
والمغني ٦/٩٧، الفروع ٤/٦٦٢، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١، كشاف القناع ٤/٣٤٨.
وانظر أيضاً: الإجماع ص٩٠، التمهيد ١٤/٣٠٩.

ولا جور[١]، وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها، سواء وقع الإيصاء منه في حال صحته أو مرضه.

قال ابن المنذر في كتاب الإجماع[٢]: «وأجمعوا على أن للرجل أن يرجع في كل ما يوصي به، إلا العتق».

قال ابن عبد البر في التمهيد[٣]: «قال أبو عمر: لا يختلف العلماء أن للإنسان أن يغير وصيته ويرجع فيها فيما شاء منها...».

قال الكاساني في بدائع الصنائع عن عقد الوصية[٤]: «وأما صفة هذا العقد فله صفتان: إحداهما قبل الوجود، والأخرى بعد الوجود، أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة، وبما وراءها جائز، ومندوب وإليها مستحبة في بعض الأحوال ... وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا عقد غير لازم في حق الموصي حتى يمكن الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى، كما في الهبة، والصدقة».

جاء في المدونة: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع في ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدل غيرها فعل»[٥].

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ[٦]: «قال (يحيى): قال مالك:

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٤٨٩، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٠، المعونة ٢/ ٥٢٧، المقدمات ٣/ ١٢٠، المهذب ١/ ٤٥٢، روضة الطالبين ٦/ ١٤١، المقنع ٢/ ٧٩٤، المغني ٨/ ٤١٨.

(٢) ص٩٠.

(٣) ينظر: التمهيد ١٤/ ٣٠٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٨.

(٥) ينظر: المدونة ٤/ ٣٢٨.

(٦) ينظر: الباجي في المنتقى ٦/ ١٤٨.

الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته، أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له، ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت. . . (ش): وهذا على ما قال أن الموصي في صحته، أو مرضه يعتق بعض رقيقه، أو يتصدق بصدقه، أو غير ذلك من أعمال البر، فإنه غير لازم له؛ لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويبطل منه ما شاء من غير عوض، أو يعوض منه غيره في صحته، أو مرضه ما لم يمت، فإذا مات لزمت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره».

قال العمراني[1]: «يجوز للموصي أن يرجع فيما أوصى به؛ لأن الوصية لا تلزم إلا بعد موته، فجاز له الرجوع فيها، كما لو وهب لغيره شيئاً، ثم رجع الواهب قبل قبول الموهوب له».

قال ابن قدامة[2]: «وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق، والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته. وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور».

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أما كونه يملك الرجوع عنها ما دام حياً:

(٢٥٥) ١ ـ ما رواه ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن الحارث بن أبي ربيعة أو الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة، قال: قلت لعمر: شيء يصنعه

---

(١) ينظر: البيان ٨/٢٩٦.

(٢) ينظر: المغني ٦/٩٧.

أهل اليمن، يوصي الرجل، ثم يغير وصيته، قال: ليغير ما شاء من وصيته»[١].

(٢٥٦) وقال سعيد بن منصور: حدثنا هشيم قال: أخبرنا يونس قال: حدثنا الوليد بن أبي هشام مولى قريش قال: «قرأت وصية حفصة أم المؤمنين، فإذا هي قد أوصت بأشياء، وإذا في آخر وصيتها إن أتى على ذواتي ما لم أغيرها»[٢].

(٢٥٧) ولما رواه ابن وهب قال يحيى بن أيوب: وأخبرني نافع مولى ابن عمر أن ابن عمر كان يشترط في وصيته إن حدث بي حدث قبل أن أغير كتابي[٣].

ولا يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً.

٢ ـ ما رواه الدارقطني من طريق أبي إسحاق، عن ابن عون، عن القاسم ابن محمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «ليكتب الرجل في وصيته: إن حدث بي حدث موت قبل أن أغير وصيتي هذه»[٤].

[إسناده صحيح].

وجه الاستدلال: قول عائشة رضي الله عنها أيضاً صريح في أن للرجل أن يغير في وصيته، وأن وصيته جائزة ما لم يغير فيها شيئاً.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٧/ ٢٩٣، والدارمي ـ كتاب الوصايا : باب الرجوع عن الوصية بلفظ: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها ٢/ ٦٩٣ (٣٢١٤)، (٣٢١٦).

(٢) سنن سعيد بن منصور ٣٧٢.

(٣) المدونة ٤/ ٣٢٨، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٠٨١٩ عن أبي أسامة، عن أبي عمير الحارث بن عمير عن أيوب به.

(٤) سنن الدارقطني (٤٢٩٤).

=

٣ ـ أن الوصية تبرع لا يلزم إلا بموت الموصي، فجاز له الرجوع عنها قبل لزومها، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه[(١)].

٤ ـ أن الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط القبول بالإيجاب، والذي وجد من الموصي حال حياته إنما هو الإيجاب فقط، لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فجاز الرجوع عنها قبل القبول، كما يجوز الرجوع عن الإيجاب في سائر العقود، كالبيع وغيره، بل التبرع أولى بالإبطال قبل القبول[(٢)].

كما يستأنس بما ثبت من آثار عن جمع من فقهاء التابعين، منهم: عطاء، والشعبي، والحسن، والزهري، وطاووس، وجابر بن زيد، وغيرهم أنهم يقولون بجواز تغيير الرجل في وصيته ما شاء[(٣)].

٥ ـ ولأن عقد الإيصاء لا يقترن فيه الإيجاب والقبول إلا بعد موت الموصي، ولكل عقد لم يقترن فيه الإيجاب والقبول يصح الرجوع عنه[(٤)].

٦ ـ ولأن الوصية عطية تتنجز بالموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجيزها، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه[(٥)].

وأما كون الوصية إذا توفرت فيها شروطها لا يصح فسخها بعد موت

= وأخرجه من طريق ابن عون ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٤٦٠)، وسعيد بن منصور في سننه (٣٧٢)، والبيهقي في سنن الكبرى ٦/ ٢٨١.

(١) ينظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٩، البيان ٨/ ٢٩٦، شرح المنتهى ٢/ ٤٦١.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق في مصنفه ٩/ ٧١ ـ ٧٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٧/ ٢٩٣.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٥٥٧، شرح روض الطالب ٣/ ٦٣.

(٥) كشاف القناع ٤/ ٣٤٨.

الميت؛ فلأن العقد صادر من أهله في محله، فلم يصح لغير من أبرمه فسخه كسائر تصرفات الميت النافذة قبل موته من بيع وشراء ونكاح، ونحو ذلك.

❊ ❊ ❊

المطلب الثاني
الحكمة من مشروعية الرجوع عن الوصية

الحكمة من مشروعية الرجوع في الوصية حث المسلم على الوصية بماله في حياته، والإكثار من ذلك؛ ليستفيد ثواب ذلك، وينتفع الموصى له بالوصية، فالمسلم إذا علم أن له الرجوع في وصيته متى شاء لم يتردد في الوصية؛ لعلمه أن الخيار له في يده، بخلاف ما لو علم أنه لا رجوع له فإنه قد يتخوف من افتقاره لماله واحتياجه له، وذلك مما يحجمه عن الوصية، فتبين أن في شرعية الرجوع مصلحة للموصي، ومصلحة للموصى إليه[1].



المطلب الثالث
حكم الرجوع عن الوصية

الرجوع عن الوصية تعتريها الأحكام الخمسة:

فيجب إذا كانت بممنوع شرعاً، أو طرأ عليها ما يجعلها ممنوعة، كالوصية بالخمر وآلات اللهو؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده، وضد الحرام

---

(١) ينظر: الذخيرة ٧/١٤٦، الوصايا ص٥٥١.

الوجوب، فيجب الرجوع عنها، ولأنها منكر، والمنكر يجب تغييره، والإقلاع عنه.

ويحرم الرجوع إذا كانت بواجب، كالوصية بدين لا بينة عليه، ونحو ذلك؛ لأنه ترك للواجب، وترك الواجب حرام.

ويندب الرجوع إذا كانت بمكروه؛ لأن المكروه منهي عنه، والنهي عن الشيء أمر بضده، وضد المكروه المندوب.

ويكره الرجوع إذا كانت بمندوب شرعاً؛ لما تقدم من الدليل السابق.

ويباح الرجوع إذا كانت بمباح، كالوصية ببيع شيء أو شرائه؛ لاستواء الطرفين في هذه الوصية.



المطلب الرابع
إذا شرط الموصي عدم الرجوع

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه لا يملك الرجوع.

وبه قال المالكية[1]، وقد ذكر بعض المالكية: أن عليه الفتوى والقضاء.

وحجته:

١ ـ قول الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[2].

---

(١) المعيار المعرب ٩/٢٦٨ ـ ٣٥٥، حاشية الرهوني ٨/٢٤٩، البهجة ٢/٢٨٧، حاشية الدسوقي ٤/٤٢٨.

(٢) من الآية (١) من سورة المائدة.

٢ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «**المسلمون على شروطهم**»(١).

٣ ـ حديث عقبة بن الحارث رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن أحق الشرط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج**»(٢).

٤ ـ أن من التزم معروفاً لزمه.

القول الثاني: أن له الرجوع.

وهو قول أكثر أهل العلم، وذكر بعض المالكية: أنه المشهور عندهم.

وحجتهم:

١ ـ أن الأصل في الوصية الرجوع، واشتراط عدمه شرط مخالف لمقتضى العقد.

٢ ـ أن الإجماع منعقد على مشروعية الرجوع، فيستصحب هذا الإجماع.

٣ ـ القياس على من قال لزوجته: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك، فإن له الرجعة؛ إذ لا دليل لمنع ذلك.

٤ ـ أنه لا تعلق به لأحد، فجاز الرجوع.

ولعل الأقرب القول الأول إذا كان الموصى له معيناً؛ لما فيه من الالتزام للغير، وإلا جاز لأدلة القول الثاني.

❊ ❊ ❊

---

(١) تقدم تخريجه برقم (١٦٩).

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٤٥).

المطلب الخامس
ما يحصل به الرجوع

اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع في الوصية بما دل على الرجوع صراحةً، أو دلالةً.

بأي لفظ يدل على الرجوع دلالة واضحة من غير احتمال لشيء آخر، أو بعبارة أخرى: الصريح كل لفظ دل على الرجوع وضعاً، مثل أن يقول الموصي: رجعت في وصيتي، أو أبطلها، أو نقضتها، أو غيرتها، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو هو في ميراثي، فهذه الألفاظ نص في رجوع الموصي عن وصيته، وإبطالها لها.

وقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع عن الوصية باللفظ الدال على الرجوع دلالة صريحة[(١)].

قال ابن قدامة في المغني[(٢)]: «ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي. أو أبطلتها، أو غيرتها، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو في ميراثي».

وجاء في مجمع الأنهر: «ثم الرجوع قد يثبت صريحاً، وقد يثبت دلالة، فلهذا قال قولاً، كأن يقول رجعت عن وصيتي أو فعلاً، وهو ما فسره بقوله يقطع صفة فعلاً حق المالك في الغصب أي: في المغصوب كقطع الثوب أو

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٨٦، العناية شرح الهداية ١٠/٤٣٦، المغني ٦/٩٦.

(٢) انظر: المغني ٦/٩٦.

خياطته أو يزيل ملكه كالبيع والهبة، فإنه إذا باع الموصى له أو وهبه كان رجوعاً دلالة، والدلالة تقوم مقام الصريح، فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول»[١].

جاء في الفواكه الدواني: «وصفة الرجوع أن يقول: رجعت عن وصيتي أو نسختها»[٢].

قال النووي: «وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعاً في الوصية لبشر.

وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، وهو أيضاً مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً؛ لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر؛ بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر، فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما، وقد ثبتت وصية الأول يقيناً فلا تزول بالشك، وإن قال: ما أوصيت به لفلان، فنصفه أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول.

وأجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعتاق، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً»[٣].

جاء في كشاف القناع: «(فإذا قال) الموصي: (قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها) أو فسختها بطلت؛ لأنه صريح في الرجوع (أو قال) الموصي (في الموصى به هو لورثتي أو) هو (في ميراثي فهو رجوع) عن

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤/ ٤٢٢).

(٢) الفواكه الدواني (٦/ ٢٤٩).

(٣) المجموع (١٥/ ٥٠٢).

الوصية؛ لأن ذلك ينافي كونه وصية (وإن قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو وكان لعمرو ولا شيء) منه (لزيد) لرجوعه عنه وصرفه إلى عمرو وأشبه ما لو صرح بالرجوع»[1].



(١) كشاف القناع (٤/٣٤٨).

المبحث الثاني

المبطل الثاني: التصرف في الوصية

وهو كل ما دل على العدول عن الوصية بواسطة العرف أو القرينة.

وقد أجمع الفقهاء رحمهم الله على أن الموصي إذا تصرف في الموصى به بما يزيل اسمه، أو يخرجه عن ملكه أن ذلك رجوع عن الوصية[١].

قال ابن المنذر في الإجماع[٢]: «وأجمعوا أن الرجل إذا أوصى لرجل بجارية فباعها، أو بشيء ما فأتلفه، أو وهبه، أو تصدق به أن ذلك كله رجوع».

التصرف في الوصية ينقسم إلى أقسام:

القسم الأول: التصرف الذي لا يعتبر رجوعاً باتفاق الفقهاء:

وهو عبارة عن التصرف في الموصى به بما لا يغير حقيقة، ولا يخرجه عن ملك الموصي، كالانتفاع بذاته، أو بغلته، أو بما يعود نفعه عليه، أو على الموصى له.

فإن انتفع الموصي بذات الموصى به مع بقاء عينه، كالركوب، واللبس،

---

(١) الإجماع ص٩٠، المغني ٦/ ٩٦.
ينظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٩، كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١٨٦، رد المحتار ٦/ ٦٥٨، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/ ١٥٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٧٢، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٣٠٠، أسنى المطالب ٣/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ١١٣، حلية العلماء ٦/ ١٣٧ ـ ١٣٨، المغني ٦/ ٩٦، الفروع ٤/ ٦٦٢، الإنصاف ٧/ ٢١٣، الرجوع عن التبرعات المحضة ص٤٥٩.

(٢) الإجماع ص٩٠.

أو انتفع بغلته كالإجارة، أو جعل غيره ينتفع به كالإعارة مع بقاء العين الموصى بها، أو تصرف بما فيه يرجع نفعه للموصى به، كإصلاحه، وكتعليم الحيوان أو العبد، أو تجصيص الدار، أو غسل الثوب، فهذا النوع من التصرف لا يعتبر رجوعاً في الوصية باتفاق الفقهاء؛ لأن هذه الأفعال تعلقت بأمر خارج عن عين الموصى به، فلا تدل على الرجوع، ولا منافاة بينها وبين الوصية، ولأن للموصي حق الانتفاع بالعين الموصى بها أو بغلتها قبل موته، كما له حق التصرف بما يرجع نفعه للموصى به أو الموصى له، وليس في شيء من ذلك ما يناقض الوصية، ولا يخرج هذا التصرف الموصى به من ملك الموصي، فلم تبطل الوصية[(١)].

قال السرخسي[(٢)]: «وأما إذا زاد شيئاً يتوصل به إليه بغير بذل كما إذا أوصى بدار، ثم جصصها، أو طينها، فذلك لا يكون رجوعاً؛ لأن ذلك تحسين وتزيين ويتوصل إليه بغير بذل، فلم يكن رجوعاً، وكان ذلك دليل البقاء على الوصية.

وكذلك لو أوصى له بثوب، ثم غسله لم يكن رجوعاً؛ لأنه ليس بزيادة، وإنما ذلك لإزالة الدرن والوسخ».

قال الكاساني: «ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم جصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعاً؛ لأن الغسل إزالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفا في الموصى به، وتجصيص الدار ليس تصرفاً

---

(١) انظر: المبسوط ٢٧/ ١٦١، بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٢، شرح مختصر خليل ٨/ ١٧٣ ـ ١٧٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٢٩٨، أسنى المطالب ٣/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ١١٣، المغني ٦/ ٩٨، الفروع ٤/ ٦٦٣، الإنصاف ٧/ ٢١٢، الرجوع عن التبرعات المحضة ص٤٥٩.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٧/ ١٦١.

في الدار بل في البناء؛ لأن الدار اسم للعرصة والبناء بمنزلة الصفة، فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الأصل، ونقض البناء تصرف في البناء، والبناء صفة وإنها تابعة»[1].

قال الخرشي[2]: «وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى له بأمة ثم زوجها أو بعبد ثم زوجه؛ لأن الملك لم ينتقل، وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى بعبده ثم علمه الموصي صنعة . . . وكذلك لا تبطل وصية من أوصى لشخص بدار، أو بثوب أو سويق، ثم إن الموصي جصص الدار بالجير ونحوه، أو صبغ ذلك الثوب، أو لَتَّ ذلك السويقَ بالسمن، ويأخذ الموصى له ما ذكر بزيادته؛ لأن ما أوصى به يطلق على ما حصل فيه الزيادة فلم يتغير الاسم».

وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير: «(و) لا تبطل (بتزويج رقيق): أي: أوصى به لشخص ثم زوجه، (و) لا تبطل بـ (تعليمه) صنعة: فإذا أوصى برقيق لزيد، ثم علمه صنعة فلا تبطل، وشاركه الوارث بقيمة التعليم، (و) لا تبطل (بوطء) من الموصي لجاريته التي أوصى بها لزيد، وتتوقف لينظر هل حملت فتبطل أو لا فيأخذها الموصى له»[3].

قال زكريا الأنصاري: «(وليس التزويج والختان والتعليم) والاستخدام (والإعارة والإجارة) للموصى به (والركوب) للمركوب (واللبس) للثوب (والإذن) للرقيق (في التجارة رجوعاً) إذ لا إشعار لها به، بل هي إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته، وإما استصلاح محض، وربما قصد به إفادة الموصى له»[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٧٩).

(٢) انظر: شرح مختصر خليل ٨/ ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣/ ٦٦.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ١٣).

وفي تحفة المحتاج: «وليس التزويج والختان والتعليم: أي: لصنعة، والإعارة والإجارة والركوب واللبس والإذن: أي: للرقيق في التجارة رجوعاً»[1].

قال ابن قدامة في المغني: «وإن غسل الثوب، أو لبسه، أو جصص الدار، أو سكنها، أو أجر الأمة، أو زوجها، أو علمها، أو وطئها، لم يكن رجوعاً؛ لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم، ولا يدل على الرجوع»[2].

وفي شرح منتهى الإرادات: «أو بنى، أو غرس، أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطئه، أو لبس ثوباً موصى به، أو سكن موصى به من دار بستان، أو بيت شعر ونحوه فليس رجوعاً؛ لأنه لا يزيل الملك ولا الاسم ولم يمنع التسليم، كغسل ثوب موصى به، أو كنس دار موصى بها، أو علم رقيقا موصى به صنعة»[3].

القسم الثاني: التصرف في الموصى به بالإهلاك والإتلاف:

كما إذا كان الموصى به طعاماً فأكله، أو عيناً من الأعيان فأتلفها بنوع من أنواع الإتلاف، فهذا يعتبر رجوعاً في الوصية[4].

القسم الثالث: التصرف بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه:

إذا تصرف الموصي بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه، فهذا يعتبر رجوعاً؛ لدلالة ذلك على إرادة الموصي بطلان الوصية، ولأنه لا يقع على العين المذكورة الاسم الذي أوصى به[5].

---

(١) تحفة المحتاج (٣/ ١٦٥).

(٢) انظر: المغني ٦/ ٩٧.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٢).

(٤) شرح البهجة ٤/ ٤٦، نهاية المحتاج ٦/ ٩٧، المغني ٦/ ٩٧، كشاف القناع ٤/ ٣٥٠.

(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٩، كنز الدقائق للنسفي مع شرحه تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦، رد المحتار ٦/ ٦٥٨، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٣، شرح الخرشي على مختصر خليل=

فالموصي مثلاً: إذا أوصى بخشب فجعله باباً، فإنه لم يبق بعد هذا التصرف ما يطلق عليه خشباً، وكذلك الثوب الموصى به إذا جعله قميصاً، لم يبق بعد هذا التصرف الثوب الذي أوصى به.

إذا كان الموصى به ثوباً فقطعه الموصي قميصاً، أو صبغه، أو قصره، أو كان خشباً فجعله باباً، أو عرصة فبناها داراً، أو شاة فذبحها، أو خبزاً فجعله فتيتاً، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو عجيناً فخبزه، أو شاة فذبحها، أو بيضاً فأحضنه نحو دجاج ليفترخ، أو غزلاً فنسجه، أو فضة فصاغها خاتماً، أو حديداً فصاغه سيفاً[(١)].

لأن الموصى به تغير شكله واسمه، فلا يتناوله لفظ الوصية[(٢)].

في تحفة الفقهاء: «فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه، فيكون رجوعاً، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه، ونظائره كثيرة»[(٣)].

قال الكاساني[(٤)]: «ولو أوصى بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهو رجوع؛ لأن الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع، فمع النقض أولى».

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ: «مسألة: ولو أوصى له بغزل

= ٨/ ١٧٢، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/ ٣٠٠، أسنى المطالب ٣/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ١١٣، حلية العلماء ٦/ ١٣٧ ـ ١٣٨، المغني ٦/ ٩٦، الفروع ٤/ ٦٦٢، الإنصاف ٧/ ٢١٣.

(١) المبسوط ٢٧/ ١٦١، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٣، مغني المحتاج ٤/ ١١٤، المغني ٦/ ٩٧.

(٢) الرجوع عن التبرعات المحضة ص٣٥٥.

(٣) تحفة الفقهاء (٣/ ٢٢٣).

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٩.

فحاكه ثوباً، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: هو رجوع عن الوصية، قال أشهب: لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فتبطل الوصية»[١].

وفي **التاج والإكليل لمختصر خليل**: «لو أوصى بغزل فحاكه ثوباً، أو برداء فقطعه قميصاً فهو رجوع.

وقاله أشهب وزاد: أو بفضة فصاغها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها، فهو كله رجوع؛ لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به.

قال: وكذا قطن ثم حشي به أو غزله.

(وصوغ فضة) تقدم قول أشهب: وبفضة فصاغها (وحشو قطن) تقدم قول أشهب: وكذا بقطن ثم حشي به.

(وذبح شاة) تقدم قول أشهب: أو بشاة ثم ذبحها (وتفصيل شقة) تقدم قول ابن القاسم: أو برداً فقطعه قميصاً»[٢].

وقال النووي: «فرع: أوصى بحنطة فطحنها، أو جعلها سويقاً، أو بذرها، أو بدقيق فعجنه، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعاً لمعنيين؛ أحدهما: زوال الاسم، والثاني: إشعاره بإعراضه عن الوصية.

ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله، والثاني إلى أبي إسحاق، فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاة فذبحها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجن الدقيق، فإن العجين يفسد لو ترك، فلعله قدم إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في الرقم بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضنه دجاجة، ولك أن

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ ١٥٣/٦.

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل (٩/٤).

تقول: قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً لبقاء الاسم، وكذا الأحضان إلى أن يتفرخ.

ولو أوصى بخبز فجعله فتيتاً، فرجوع على الأصح كما لو ثرده، ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم، ثم قدده، ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعاً، ولو أوصى برطب فتمره فوجهان: الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد، ولو أوصى بقطن فغزله فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح، ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة، فرجوع على الأصح»[1].

قال ابن قدامة في المغني[2]: «وإن وصى بحب ثم طحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بخبز ففته، أو جعله فتيتاً كان رجوعاً؛ لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال، فدل على رجوعه».

وفي شرح منتهى الإرادات: «أو أزال اسمه فطحن الحنطة، أو خبز الدقيق الموصى به، أو جعل الخبز فتيتاً، أو نسج الغزل، أو عمل الثوب قميصاً، أو ضرب النقرة دراهم، أو ذبح الشاة، أو بنى الحجر أو الآجر الموصي به، أو غرس نوى موصى به فصار شجراً، أو نجر الخشبة باباً أو كرسياً أو دولاباً ونحوه، أو أعاد داراً انهدمت، أو جعلها حماماً أو نحوه فرجوع؛ لأنه دليل لاختيار الرجوع، وكذا لو كسر السفينة وصار اسمها خشباً»[3].

القسم الرابع: التصرف في الموصى به بما يخرجه عن ملكه:

اتفق الفقهاء على أن الوصية بجزء شائع لا تبطل بالبيع، ونحوه من التصرفات الناقلة للملك، فإذا أوصى بثلثه فباع جميع ماله، أو استهلكه، أو

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٦٩).

(٢) انظر: المغني ٦/ ٩٧.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٢).

أتلفه، ثم استفاد مالاً آخر فإن الوصية تتعلق بالمال المستفاد، لتعلق الوصية بعين معين[١].

إذا تصرف الموصي في الموصى به بما يخرجه عن ملكه، أو تصرف بما ينبئ عن إعراضه عن الوصية فإن ذلك يعد رجوعاً؛ لأن بخروج الموصى به من ملك الموصي انعدم محل الوصية[٢].

مثال: أن يبيع الموصى به، أو يهبه، أو يوكل فيه بالبيع، أو الهبة، أو الرهن، أو يعرضه للبيع، أو الهبة، أو الرهن، أو يهلكه، أو يتصرف فيه بأي تصرف آخر يخرجه عن ملكه[٣].

وفي **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**[٤]: «وللموصي أن يرجع في وصيته... قولاً... أو فعلاً) وهو ما فسره بقوله: (يقطع... حق المالك في الغصب) أي: في المغصوب، كقطع الثوب أو خياطته، (أو يزيل ملكه، كالبيع، والهبة».

في **الجوهرة النيرة**: «وأما الفعل الذي يدل على الرجوع، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه، أو بغزل فنسجه، أو بدار فبنى فيها، أو بشاة فذبحها،

---

(١) المصادر الآتية.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/ ٤٣٠، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ٦٩٤، التاج والإكليل لمختصر خليل ٨/ ٥٢٢، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٧٢، أسنى المطالب ٣/ ٦٤، مغني المحتاج ٤/ ١١٣، المغني ٦/ ٩٧، الفروع ٤/ ٦٦٢، الإنصاف ٧/ ٢١٢.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ٦٩٤، المجموع شرح المهذب ١٧/ ٥٧٢، مغني المحتاج ٤/ ١١٣.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتق الأبحر ٢/ ٦٩٤.

أو بأمة ثم باعها، أو أعتقها، أو كاتبها، أو دبرها، فهذا كله يكون رجوعاً وإبطالاً للوصية»[١].

وجاء في **مختصر خليل** في بيان ما يحصل به الرجوع في الوصية: «وبرجوع فيها، وإن بمرض، بقول، أو بيع، وعتق، وكتابة، وإيلاد، وحصد زرع، ونسج غزل، وصوغ فضة، وحشو قطن، وذبح شاة، وتفصيل شقة»[٢].

قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب: «(والتصرف في الموصى به بمعاوضة) كبيع وإن حصل بعده فسخ ولو بخيار المجلس (أو هبة أو رهن) ولو بلا قبض فيهما (أو كتابة أو تدبير) أو تعليق عتق بصفة أو نحوها (رجوع) لظهور قصد الصرف عن الموصى له»[٣].

وقال النووي: «وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكاتب فهو رجوع؛ لأنه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع؛ لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له.

ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع؛ لأنه لم يزل الملك، وليس بشي»[٤].

قال ابن قدامة في المغني[٥]: «ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي... وإن أكله، أو أطعمه، أو أتلفه، أو وهبه، أو تصدق به، أو باعه، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله ولبسه، أو جارية فأحبلها، أو ما أشبه هذا، فهو رجوع».

---

(١) الجوهرة النيرة (٦/ ٢١٨).

(٢) مع شرحه للخرشي ٨/ ١٧٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣/ ٦٤.

(٤) المجموع (١٥/ ٤٩٩).

(٥) انظر: المغني ٦/ ٩٧.

وفي شرح منتهى الإرادات: «وإن باعه: أي: باع موص موصى به، أو وهبه، أو رهنه، أو أوجبه في بيع، أو هبة بأن قال لإنسان: بعتكه أو وهبتكه ولم يقبل مقول له ذلك فيهما، أي: في إيجاب البيع وإيجاب الهبة فرجوع، أو عرضه لهما، أي: البيع والهبة فرجوع، أو وصي ببيعه أو عتقه، أي: ما وصى به لإنسان من رقيقه بأن قال: أعطوه لزيد، ثم قال: اعتقوه، أو وصى بهبته، أو حرمه عليه، أي: على الموصى له به كما وصى لزيد بشيء، ثم قال: هو حرام عليه فرجوع أو كاتبه، أي: الموصى به»[1].

واختلف إذا عاد الموصى به إلى ملك الموصي قبل موته:

فقال جمهور المالكية: الفرق بين الموصى به المعين وغيره، فقالوا في المعين تعود الوصية برجوعه لملك الموصي؛ لتعلق الوصية بعينه، ولا تعود إذا أخلفه بمثله.

بخلاف غير المعين إذا أخلفه بمثله، فإن الوصية تعود إلى خلفه[2].

وقال الشافعية والحنفية وبعض المالكية: لا تعود الوصية برجوعه لملكه إلا بإيصاء جديد؛ لبطلان الإيصاء الأول بخروجه عن ملكه.

القسم الخامس: التصرفات التي اختلف الفقهاء في اعتبارها رجوعاً:

وهذه التصرفات هي:

١ ـ هدم الموصي للدار الموصى بها، أو انهدامها بنفسها إذا غير الاسم.

٢ ـ بناء الموصي العرصة الموصى بها داراً، وغرس الأرض الموصى بها.

٣ ـ رهن الموصي للموصى به.

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦١).

(٢) المصدر السابق.

وفيما يأتي بيان حكم كل تصرف من التصرفات المذكورة:

الأول: هدم الدار الموصى بها، أو انهدامها إذا غير الاسم:

إذا أوصى بدار ثم هدمها الموصي، أو انهدمت بنفسها، فتغير بذلك اسم الموصى به، فهذا قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً عن الوصية على قولين:

القول الأول: أن هدم الدار أو انهدامها لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به الحنفية(١)، وهو المعتمد عند المالكية(٢)، ووجه عند الحنابلة(٣).

قال الكساني في بدائع الصنائع(٤): «ولو أوصى بثوب ثم غسله، أو بدار ثم جصصها، أو هدمها، لم يكن شيء من ذلك رجوعاً».

وقال الباجي في المنتقى شرح الموطأ(٥): «ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع؛ لأنه أوصى له بعرصة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرصة».

وقال المرداوي في الإنصاف(٦): «قوله: (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الحنطة، أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيتاً، أو نسج الغزل، أو نجر الخشبة باباً ونحوه، أو انهدمت الدار وزال اسمها. فقال القاضي: هو رجوع. وذكر أبو الخطاب فيه وجهين»).

القول الثاني: أن هدم الدار أو انهدامها تعتبر رجوعاً في الوصية، وأما

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣، رد المحتار ٦/ ٦٥٨.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٣، التاج والإكليل ٨/ ٥٢٧، الشرح الكبير ٤/ ٤٣٠، منح الجليل شرح مختصر خليل ٩/ ٥٢٣.

(٣) انظر: الإنصاف ٧/ ٢١٣ ـ ٢١٤.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩.

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٤.

(٦) الإنصاف ٧/ ٢١٣.

انهدامها من غير فعل الموصي فيعتبر رجوعاً في الجزء المنهدم دون العرصة، ودون الباقي من الدار.

وهو قول غير معتمد عند المالكية(١)، وقال به الشافعية(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة(٣).

قال الدردير في الشرح الكبير(٤): «(وفي) بطلان الوصية بسبب (نقض) بفتح النون وسكون القاف وبالضاد المعجمة أي: هدم بناء (العرصة) الموصى بها مع بنائها، ولو قال: الدار ونحوها كان أوضح، وعدم بطلانها به (قولان) المعتمد الثاني، فليس الهدم برجوع».

قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب(٥): «(فرع: هدم الدار المبطل لاسمها رجوع) عن الوصية (في النقض) أي: المنقوض من طوب وخشب (وكذا في العرصة) لظهور ذلك في الصرف عن جهة الوصية (وانهدامها) ولو بهدم غيره (يبطلها في النقض)».

قال المرداوي في الإنصاف(٦): «اعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الحنطة، وخبز الدقيق ونحوه، وكذا لو زال اسمه بنفسه، كانهدام الدار أو بعضها. فقال القاضي: هو رجوع، وهو المذهب».

---

(١) الشرح الكبير ٤/ ٤٣٠.

(٢) أسنى المطالب ٣/ ٦٦، شرح البهجة له ٤/ ٤٣، تحفة المحتاج ٧/ ٨١، حلية العلماء ٦/ ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٣) الإنصاف ٧/ ٢١٣ ـ ٢١٤، شرح المنتهى ٢/ ٤٦٦، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٦٣.

(٤) انظر: الشرح الكبير ٤/ ٤٣٠.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٣/ ٦٦.

(٦) انظر: الإنصاف ٧/ ٢١٣ ـ ٢١٤.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن الدار تشمل العرصة، والبناء، فالموصي أزال البناء بالهدم، وأبقى العرصة؛ لأن الدار بعد هدمها صارت عرصة، فالعرصة للموصى له[(١)].

دليل القول الثاني:

أن الهدم دليل على إعراض الموصي عن الوصية، ولأنه لا يطلق على المنهدم اسم الدار[(٢)].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الثاني؛ وذلك لدلالة فعل الموصي بهدم الدار على إعراضه عن الوصية، ولعدم إطلاق اسم الدار على المنهدم.

الثاني: بناء العرصة داراً، وغرس الأرض:

إذا أوصى بعرصة ثم بناها الموصي داراً، أو أوصى بأرض ثم غرسها، فقد اختلف الفقهاء في كون هذا التصرف رجوعاً في الوصية على قولين:

القول الأول: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به الحنفية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، ووجه عند الحنابلة، صححه المرداوي في الإنصاف، والبهوتي في كشاف القناع، واختاره القاضي[(٥)].

جاء في الفتاوى الهندية[(٦)]: «ولو أوصى بأرض، ثمّ زرع فيها رطبة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٣.
(٢) أسنى المطالب ٣/ ٦٦، شرح المنتهى ٢/ ٤٦٢.
(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٦٦، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣.
(٤) البيان ٨/ ٣٠١ ـ ٣٠٢، أسنى المطالب ٣/ ٦٥، شرح البهجة له ٤/ ٤٥، تحفة المحتاج ٧/ ٨١.
(٥) الفروع ٤/ ٦٦٤، الإنصاف ٧/ ٢١٤، كشاف القناع ٤/ ٣٥٠.
(٦) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣.

لا يكون رجوعاً، وإن غرس الكرم أو الشّجرة كان رجوعاً، كذا في فتاوى قاضي خان».

وفي الوسيط: «لو بنى أو غرس في العرصة الموصى بها، فثلاثة أوجه: أحدها: أنه رجوع؛ لأن البناء غير داخل في الوصية وهو للتخليد، والثاني: لا فإنه انتفاع مجرد، والثالث: أنه رجوع عن المغرس وأس الجدار حتى لو تجنى لم يرجع أيضاً إلى الموصى له، وليس رجوعاً عما عداه»(١).

وقال زكريا الأنصاري في شرح البهجة(٢): «ويحصل الرجوع أيضاً ببناء العرصة الموصى بها أو بغرسها؛ لأن ذلك للدوام، فيشعر بأنه قصد بقاءها لنفسه».

وفي شرح منتهى الإرادات: «فإن غرسها أو بناها فرجوع في أصح الوجهين؛ لأنه يراد للدوام فيشعر بالصرف عن الأول ذكره الحارثي، ويمكن إدخالها في قول المتن: أو بنى أو غرس أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطئه»(٣).

القول الثاني: أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به المالكية في المشهور من مذهبهم(٤)، وهو وجه عند الحنابلة، اختاره أبو الخطاب(٥).

---

(١) الوسيط (٤/ ٤٨١).

(٢) شرح البهجة ٤/ ٤٥.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٢).

(٤) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٥٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٣٠، شرح مختصر خليل ٨/ ١٧٣، منح الجليل ٩/ ٥٢٠.

(٥) الإنصاف ٧/ ٢١٤، كشاف القناع ٤/ ٣٥٠.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن مثل هذا التصرف يكون للدوام، فهو إشعار بأن الوصي أراد إبقاءها لنفسه.

ولأن الغرس يؤدي إلى تغيير اسم الموصى به، فإن الأرض بعد الغرس يسمى بستاناً[(١)].

دليل القول الثاني:

١ ـ أن الوصية بالبناء تتناول الأرض، فإذا بطلت في البناء بقيت في الأرض، فتكون الأنقاض للورثة، والأرض للموصى له[(٢)].

٢ ـ قياس الغرس على الزراعة، فإنها لا تعتبر رجوعاً بالاتفاق، فكذلك الغرس.

٣ ـ ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصى به، بل هو باق بعدها، وإن كان متصلاً بغيره[(٣)].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول؛ وذلك لأن مثل هذه التصرفات تكون للدوام، فهو دليل على إعراض الموصي عن وصيته، بالإضافة إلى أن فيه تغييراً لاسم الموصى به.

الثالث: رهن الموصى به:

إذا أوصى بشيء ثم رهنه، فقد اختلف العلماء في كون ذلك رجوعاً في الوصية على قولين:

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٦٦، شرح البهجة ٤/ ٤٥، كشاف القناع ٤/ ٣٥٠.
(٢) المصدر السابق.
(٣) شرح مختصر خليل ٨/ ١٧٣، البيان ٨/ ٣٠١ ـ ٣٠٢، كشاف القناع ٤/ ٣٥٠.

القول الأول: أن رهن الموصى به يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به الحنفية(١)، والشافعية(٢)، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة(٣).

جاء في الفتاوى الهندية(٤): «ولو أوصى بعبده ثم رهنه، يكون رجوعاً».

وقال الجلال المحلي في شرحه على منهاج الطالبين(٥): «له الرجوع عن الوصية وعن بعضها بقوله نقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت فيها، وكذا هبة أو رهن له مع قبض، وكذا دونه في الأصح؛ لظهور صرفه بذلك عن جهة الوصية».

وقال المرداوي في الإنصاف(٦): «قوله: وإن باعه، أو وهبه، أو رهنه كان رجوعاً... على الصحيح من المذهب».

القول الثاني: أن رهن الموصى به لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال المالكية(٧)، وهو وجه عند الشافعية(٨)، ووجه عند الحنابلة(٩).

---

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/٤٦٦، شرح البهجة ٤/٤٥، كشاف القناع ٤/٣٥٠.

(٢) انظر: البيان ٨/٢٩٧، مغني المحتاج ٤/١١٣، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٧٧، شرح البهجة ٤/٤٣.

(٣) المغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

(٤) الفتاوى الهندية ٦/٩٣.

(٥) شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٧٧.

(٦) الإنصاف ٧/٢١٢.

(٧) المنتقى شرح الموطأ ٦/١٥٢، التاج والإكليل لمختصر خليل ٨/٥٢٦، شرح مختصر خليل للزرقاني ٨/١٧٣.

(٨) مغني الحتاج ٤/١١٣.

(٩) المغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن في رهن الموصي به تعريضاً له للبيع، بل إن الموصي علق به حقاً يجوز بيعه، فكان أعظم من عرضه للبيع، ولظهور صرف الموصي بذلك عن جهة الوصية[١].

دليل القول الثاني:

أن اسم الموصى به باق، وصورته باقية مع بقائه على ملك الموصي[٢].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول؛ وذلك لأن تصرف الموصي في الوصية بالرهن يدل على إعراضه عنها.



---

(١) المغني ٦/ ٩٧، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٣/ ١٣٣.

(٢) المنتقى ٦/ ١٥٢.

المبحث الثالث

المبطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها

اختلف العلماء فيما إذا اتصل بالعين الموصى بها ما يمنع تسليمها على أقوال:

القول الأول: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها.

وبه قال الحنفية، والشافعية.

قال الكاساني: «أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها، كما إذا أوصى بسويق ثم لته بالسمن . . . وكذا إذا وصى بدار ثم بنى فيها، أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه، أو أوصى ببطانة ثم بطن بها، أو بظهارة ثم ظهر بها».

ودليل كونه رجوعاً ضرورة:

قال الكاساني: «لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به، ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض، ولا سبيل إلى التكليف بالنقض؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، فجعل رجوعاً من طريق الضرورة، ويمكن إثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة أيضاً؛ لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصي، فكان تعدد التسليم مضافاً إلى فعله، وكان رجوعاً منه دلالة»[1].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٧.

القول الثاني: أنه ليس برجوع.

وهو المعتمد في المذهب المالكي، واختلف أصحاب هذا القول لمن تكون الزيادة؟ فقيل: للموصى له، ولا شيء للورثة فيها، وهو قول ابن القاسم وأشهب.

وقال أصبغ: الزيادة للورثة، هم شركاء للموصى له بقيمة الزيادة قائمة، والموصى له شريك في الورثة في قيمة الموصى به بدون تلك الزيادة.

حجة أصبغ: أن الزيادة غير موص بها، فتكون باقية على ملك الموصي يرثها ورثته عنه.

وحجة قول ابن القاسم وأشهب: أن الزيادة لما كانت غير مستقلة عن الموصى به كان الظاهر أن الموصي قصد إلحاقها بالأصل الموصى به، فكان الجميع وصية، وهو مخالف؛ لقاعدة أن الأموال لا تنقل بالشك، وقاعدة أن الشك في السبب يوجب بطلان المسبب؛ لأن إلحاق الزيادة بالوصية مشكوك فيه.

واختار خليل: قول أصبغ في البناء، وقول أشهب وابن القاسم في تجصيص الدار، ولت السويق، وتعليم الحيوان، وغير ذلك، وكأنه رأى أن البناء زيادة كبيرة، والشأن التساهل والتسامح في الأشياء الخفيفة، فتحمل على أن الموصي قصد إضافتها للوصية، بخلاف الأشياء الكبيرة فالأصل عدم التسامح فيها، فتبقى على ملك الموصي[(١)].

والأقرب: الرجوع في مثل هذه المسائل إلى قرائن الأحوال؛ إذ قد يقصد الموصي زيادة الموصى به.



(١) شرح مختصر خليل للزرقاني ٨/ ١٧٣.

المبحث الرابع
المبطل الرابع: تغير الموصى به

ألحق الحنفية، والحنابلة، والشافعية في المعتمد عندهم التغيرات الموجبة لزوال الاسم، والتي لم تصدر عن الموصي.

في بدائع الصنائع: «والثاني: أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه، سواء كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان، كما إذا أوصى لإنسان بثمر هذا النخل ثم لم يمت الموصي حتى صار بسراً، أو أوصى له بهذا البسر ثم صار رطباً، أو أوصى بهذا العنب، فصار زبيباً، أو بهذا السنبل فصار حنطة، أو بهذا القصيل، فصار شعيراً، أو بالحنطة المبذورة في الأرض، فنبتت وصارت بقلاً، أو بالبيضة فصارت فرخاً، أو نحو ذلك، ثم مات الموصي بطلت الوصية فيما أوصى به، فيثبت الرجوع ضرورة هذا إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي؛ لأنه صار شيئاً آخر لزوال معناه، واسمه، فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به»[1].

وخالف الحنفية هذه في الوصية بالحمل إذا صار كبشاً، فاستحسنوا أنه ليس برجوع، وإن كان القياس يقتضي البطلان، فقدموا الاستحسان على القياس[2].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٤، رد المحتار ٦/ ٦٥٨، وانظر: المغني ٦/ ٩٨.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

وعلى غراره إذا أوصى بعجل فصار ثوراً، أو بمهر فصار حصاناً، أو بفصيل فصار جملاً، فإن ذلك لا يعد رجوعاً استحساناً، ويعد رجوعاً قياساً.

والأقرب: بأن تغير الاسم يقضي الرجوع ما لم يكن نص أو قرينة؛ لأن الأصل بقاء الوصية.

فإن كان الفعل لا يتغير معه الاسم فإنه لا يعد رجوعاً، كما لو أوصى له بثمر فجذه، أو بصوف فجزه، أو زرع فحصده ولم يدرسه، أو درسه ولم يصفه، أو أوصى له بثوب فخاطه، أو فصله؛ لأن الموصى به بعد هذه الأفعال لم يزل عنه اسمه، فالثمر بعد جذه يسمى ثمراً، والصوف بعد جزه يسمى صوفاً، والزرع بعد حصده ما دام لم يصف يسمى زرعاً، والثوب بعد خياطته وتفصيله يسمى ثوباً، بخلاف ما لو صفى الزرع فإنه يكون رجوعاً؛ لأنه بعد التصفية يسمى قمحاً، أو شعيراً، والصوف إذا غزله، والغزل إذا نسجه، فإن ذلك رجوع لزوال الاسم؛ لأن الصوف بعد الغزل لا يسمى صوفاً، والعزل بعد نسجه لا يسمى غزلاً، وهكذا.



المبحث الخامس

المبطل الخامس: جحد الوصية

إذا قال الموصي: لم أوص، أو لم تصدر مني وصية، أو يقول أمام شهود: اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير، أي: أن الموصي ينفي الوصية في الماضي.

فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في كون جحود الوصية رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن جحد الوصية يعتبر رجوعاً.

قال به أبو يوسف صاحب أبي حنيفة[١]، والشافعية فيما إذا لم يكن الجحود لغرض[٢]، وقال به الحنابلة في قول[٣].

قال الكاساني[٤]: «ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً، ولم يذكر خلافاً. قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى -: في رجل أوصى بوصية، ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: هذا رجوع منه.

وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية».

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٨٧، بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠، العناية شرح الهداية ١٠/ ٤٣٩.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ١١٣، أسنى المطالب ٣/ ٦٤.

(٣) المغني ٦/ ٩٨، تصحيح الفروع ٤/ ٦٦٣، الإنصاف ٧/ ٢١٣.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠.

وقال الخطيب الشربيني[(١)]: «ولو سئل عن الوصية فأنكرها. قال الرافعي: فهو على ما مر في جحد الوكالة ـ أي: فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعاً، أو لا لغرض فيكون رجوعاً ـ وهذا هو المعتمد».

وقال ابن قدامة[(٢)]: «وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين، ولأنه عقد، فلا يبطل بالجحود، كسائر العقود. والثاني، يكون رجوعاً؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له».

القول الثاني: أن جحد الوصية ليس برجوع.

قال به محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وهو المختار المفتى به عند الحنفية[(٣)]، وهو المذهب عند الحنابلة[(٤)].

قال الكاساني[(٥)]: **«وسألت محمداً عن ذلك فقال: لا يكون الجحد رجوعاً، وذكر في الجامع إذا أوصى بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك: اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل، ولا كثير، لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان، ولم يذكر خلافاً».**

وقال المرداوي[(٦)]: **«وأطلق فيما إذا جحد الوصية الوجهين وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وشرح الحارثي:**

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١١٣.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٩٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠، الهداية مع شرحه العناية ١٠/ ٤٣٩، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٨٧، درر الحكام شرح الأحكام ٢/ ٤٣١.

(٤) المغني ٦/ ٩٨، الإنصاف ٧/ ٢١٣، شرح المنتهى ٢/ ٤٦٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٦٣.

(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠.

(٦) الإنصاف ٧/ ٢١٣.

أحدهما: ليس برجوع، وهو المذهب صححه في التصحيح، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم، وقدمه في الكافي».

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ الأدلة الدالة على اشتراط الرضا.

وهذا لم تطب نفسه، فلا تصح وصيته.

٢ ـ أن الإنكار دليل على عدم رغبته في الوصية، وعدم طيب نفسه بانتقال الموصى به للموصى له.

٣ ـ أن الجحود من الموصي يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له، فكان رجوعاً عن الوصية[(١)].

٤ ـ أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها، وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبثبوت حكمه، والجحود في معنى عدم الرضا؛ لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به، وبثبوت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فيحصل معنى الرجوع؛ لأن الفسخ رجوع[(٢)].

٥ ـ أن الرجوع نفي في الحال فقط، والجحود نفي في الماضي والحال فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً؛ فإن دلالته على رفض الوصية أقوى من الرجوع الصريح؛ لأن الرجوع الصريح نفي لوجود الوصية في الحال فقط[(٣)].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٨٧، المغني ٦/ ٩٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١.

(٣) انظر: العناية شرح البداية ١٠/ ٤٣٩.

أدلة القول الثاني:

١ ـ أن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، وبعبارة أخرى أن الرجوع مركب من النفي والإثبات، والجحود مجرد النفي، فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة، ولا العكس أيضاً[(١)].

٢ ـ أن الوصية عقد، فلا يبطل بالجحود، كسائر العقود، فإنها لا تبطل بالجحود والإنكار، كالبيع، والهبة، والإجارة، فكذلك الوصية[(٢)].

٣ ـ أن حقيقة الجحود يغاير حقيقة الرجوع، فلا ينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل، والجحود إنكار لوجودها في الماضي والحضر والمستقبل، فلو جعل الجحود رجوعاً لدل على وجود الوصية وعدمها في الماضي، وهو تناقض[(٣)].

ونوقش: بأن من جعل الجحود رجوعاً لم يجعل حقيقة الجحود والرجوع واحدة حتى يقال لهم: إن حقيقتها متغايرة، وإنما يريدون بذلك أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً في الرجوع لما بينهما من العلاقة، وهي دلالة كل منهما على النفي والإنكار، وإن كان هذا في الماضي والحال وذاك في الحال فقط.

واللفظ المجازي مستعمل في غير ما وضع له، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقي حتى يقال: إنه لو دل على الرجوع لكان تناقضاً؛ لدلالته على الحصول الوصية في الماضي، وعدم حصولها فيه[(٤)].

---

(١) العناية شرح الهداية١٠/ ٤٣٩.

(٢) المغني ٦/ ٩٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠.

(٤) الرجوع في التبرعات المحضة ص٣٥٦.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول، وهو كون الجحود عن الوصية رجوعاً؛ وذلك لظهور معنى إرادة إبطال الوصية فيه؛ لأن جحود الموصي للوصية المقصود منه الإعلان عن رغبته في عدم بقائها، والجحود يدل على هذه الرغبة دلالة قوية لا تقل عن دلالة الرجوع الصريح فتبطل الوصية به، كما يبطل بالرجوع الصريح، فيكون الجحود من باب الرجوع دلالة.



المبحث السادس
المبطل السادس: تأخير الوصية

إذا قال الموصي: أخرت وصيتي، فنص الحنفية إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً ما لم يكن على سبيل الترك[١].

قال الكاساني في بدائع الصنائع[٢]: «وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو أن رجلاً أوصى بوصايا إلى رجل فقيل له: إنك ستبرأ فأخر الوصية، فقال: أخرتها، فهذا ليس برجوع، ولو قيل له: اتركها، فقال: قد تركتها، فهذا الرجوع».

والدليل على ذلك:

أن الرجوع عن الوصية هو إبطال الوصية، والتأخير لا يدل على الإبطال، كتأخير الدين، بخلاف الترك، فإنه يدل على الإبطال، كما في الدين، فإنه لو قال: أخرت الدين كان تأجيلاً له لا إبطالاً، ولو قال: تركته كان إبراء[٣].



(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٨٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/ ٤٣١.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٨٧.

المبحث السابع
المبطل السابع: غلط الموصي في تحديد مقدار الوصية

إذا غلط الموصي في وصيته، بأن أوصى بثلث ماله لآخر، وظن أن ثلثه خمسة آلاف ريال مثلاً، إلا أنه بعد إحصاء ماله تبين أن ثلثه يزيد عن ذلك، فكان ستة الآلف ريال مثلاً، فهل هذا يعتبر رجوعاً، وتكون الوصية بذلك باطلة، أم لا ؟

ذهب الحنفية[1]: إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال الكاساني في بدائع الصنائع[2]: «روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى، وأخبر الموصي أن ثلث ماله ألف، أو قال: هو هذا، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إن له الثلث من جميع ماله، والتسمية التي سمى باطلة، لا ينقض الوصية خطؤه في ماله، إنما غلط في الحساب، ولا يكون رجوعاً في الوصية، (وهذا) قول أبي يوسف رحمه الله».

والأدلة على ذلك:

١ ـ أن الموصي لما أوصى بمقدار معين ـ كالثلث مثلاً ـ فقد أتى بوصية صحيحة؛ لأن صحة الوصية لا تقف على بيان مقداراً الموصى به، فوقعت

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١، الفتاوى الهندية ٦/ ١١٩، رد المحتار ٦/ ٦٦٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١.

الوصية صحيحة بدونه، ثم بين المقدار وغلط فيه، والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية، فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المال[1].

٢ ـ أن هذا الكلام الأخير من الموصي يحتمل أن يكون رجوعاً عن الزيادة على القدر المذكور، ويحتمل أن يكون غلطاً، فوقع الشك في بطلان الوصية، فلا تبطل مع الشك؛ لأن القاعدة المقررة: أن الثابت بيقين لا يزول بالشك[2].



(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨١.

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه، والرجوع عن التبرعات المحضة ص٤٥٩.

المبحث الثامن

المبطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة

اختلف الفقهاء إذا وصف الموصي الوصية بالحرمة، هل هو رجوع عنها؟ على قولين:

القول الأول: أن وصف الوصية بالحرمة رجوع عنها.

قال به الشافعي[1]، والحنابلة[2].

قال الهيتمي في تحفة المحتاج[3]: «(له الرجوع عن الوصية) إجماعاً، وكالهبة قبل القبض، بل أولى . . . ويحصل الرجوع (بقوله: نقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت فيها، أو فسختها)، أو رددتها، أو أزلتها، أو رفعتها، وكلها صرائح، كهو حرام على الموصى له».

وقال الرحيباني في مطالب أولي النهى[4]: «(وإن) فعل موص ما يقتضي عدوله عن الوصية، بأن (باع ما أوصى به أو وهبه)، فرجوع . . . (أو حرمه عليه) أي: الموصي له به، كما لو وصى لزيد بشيء ثم قال: هو حرام عليه، فرجوع».

القول الثاني: أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها.

---

(١) أسنى المطالب ٣/ ٦٤، شرح البهجة له ٤/ ٤٣، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٧/ ٧٦ ـ ٧٧، مغني المحتاج ٤/ ١١٢.

(٢) الإنصاف ٧/ ٢١٢، شرح المنتهى ٢/ ٤٦٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

(٣) تحفة المحتاج ٧/ ٧٦ ـ ٧٧.

(٤) مطالب أولي النهى ٤/ ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

قال به الحنفية[١].

قال الكاساني في بدائع الصنائع[٢]: «ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام، أو هي رباً، لا يكون رجوعاً؛ لأن الحرمة لا تنافي الوصية، فلم يكن دليل الرجوع».

الأدلة:

دليل القول الأول:

١ ـ أن الوصية عقد جائز، ومن حق الوصي الرجوع عنها، وفي تحريمها على الموصى له دليل على رجوعه عنها، كتحريمه طعامه على غيره بعد إباحته له[٣].

٢ ـ أنه لا يجوز أن يكون الموصى به الذي وصفه بالحرمة وصية له، وهو محرم عليه[٤].

دليل القول الثاني: أن الحرمة لا تنافي الوصية، بل هو يستدعي بقاء الأصل، فلم يكن دليل الرجوع[٥].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها؛ وذلك لجريان العرف بأن من قال ذلك أنه يريد إبطال الوصية، وعدم إمضائها.



---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠، كنز الدقائق للنسفي مع شرحه تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١٨٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/ ٤٣١، الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣، رد المحتار ٦/ ٦٥٩.
(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠.
(٣) أسنى المطالب ٣/ ٦٤.
(٤) المجموع شرح المهذب ١٧/ ٥٦٩.
(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠، كنز الدقائق للنسفي مع شرحه تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/ ٤٣١.

المبحث التاسع

المبطل التاسع: جعل الموصى به بعينه لآخر

وتحته مطالب:

المطلب الأول

أن يكون مع عدم إلغاء الوصية الأولى

مثل: الوصية لأحدهما بهذه الأرض أو بدينه الذي له على فلان، ثم يوصي للثاني بنفس الأرض، أو الدار، أو السيارة، أو الدين الذي أوصى به للأول، دون إلغاء الوصية الأولى، وقد اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: أنهما يشتركان في الموصى به المعين، ويقسم بينهما نصفين إذا حمله الثلث، أو أجازها الورثة، وإلا فما حمله الثلث.

وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)،

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٥٩، المبسوط ٢٧/١٤٦، بدائع الصنائع ٧/٣٧٩، البناية ١٢/٥١٦، الجوهرة النيرة / ٢٧٩.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٦/٦٦١، المعونة ٢/٥٢٦، الإشراف ٢/١١٠١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٤٢٩.

(٣) الأم ٤/١٢٤، الحاوي ٨/٣٠٩، تحفة المحتاج ٧/٧٦ ـ ٧٧، حاشية الجمل المنهج ٤/٦٨.

والحنابلة[١]، وبه قال الثوري، وإسحاق، وابن المنذر.

قال الكاساني في بدائع الصنائع[٢]: «إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال: أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، فالثلث بينهما نصفان».

وقال الباجي في المنتقى[٣]: «ومن أوصى بعبده ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، فإنه يكون بينهما بنصفين، رواه ابن عبدوس عن مالك، وابن القاسم، وأشهب، وكذلك لو كانت داراً لكانت بينهما، أو ما حمله الثلث منها».

وقال الشربيني في مغني المحتاج[٤]: «ولو أوصى لزيد بمئة، ولعمرو بمئة، ثم قال لآخر: أشركتك معهما، أعطي نصف ما بيدهما، ولو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو، لم يكن رجوعاً عن وصيته؛ لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت بها لكما، لكن لو رد أحدهما الوصية في الأولى، كان الكل للآخذ، بخلافه في الثانية، فإنه يكون له النصف فقط؛ لأنه الذي أوجبه له الموصي صريحاً بخلافه في الأولى».

وقال ابن قدامة في المغني[٥]: «قال: (وإذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر، فهي بينهما) وجملة ذلك: أنه إذا أوصى لرجل بمعين من

---

(١) مسائل أحمد للكوسج ٢/ ٤٦٨، المغني ٨/ ٤٦٥، شرح الزركشي ٤/ ٤٨٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٧٩.

(٣) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/ ١٦١.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ١١٤.

(٥) المغني ٦/ ٩٥.

ماله، ثم وصى به لآخر، أو وصى له بثلثه، أو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما، ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى».

وصورة ذلك: أن يوصي شخص لآخر بمعين من ماله، ثم يوصي به لآخر.

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى، فتكون الوصية للموصى له الثاني.

وهو وجه عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، وقال به جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود[(١)].

قال ابن قدامة في المغني بعد ذكر القول الأول[(٢)]: «... وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً».

الأدلة:

أدلة القول الأول: (الاشتراك):

١ - أن الأصل في الوصية بشيء لإنسان ثم الوصية به لآخر هو الإشراك؛ لأن فيه عملاً بالوصيتين بقدر الإمكان، والأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن، وفي الحمل على الإشراك عمل بكل واحد منهما من وجه، فيحمل عليه ما أمكن[(٣)].

٢ - أن الموصي وصى لهما بهذه الوصية فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بالدابة[(٤)].

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/ ١٦١، العزيز شرح الوجيز ٧/ ٢٠٦، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٦/ ١٣٣، البيان ٨/ ٢٩٦، الفروع ٤/ ٥٠٠.

(٢) المغني ٨/ ٤٦٥.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٩.

(٤) انظر: المغني ٨/ ٤٦٥.

٣ ـ أنه يحتمل أن الموصي لم يرد بطلان الوصية الأولى، بدليل أنه لم يذكرها في الثانية؛ إذ يحتمل أنه نسيها، فاستصحبناها بقدر الإمكان صوناً لها من الإلغاء[١].

٤ ـ القياس على ما إذا قال شخص لشخصين في وقت واحد: أوصيت لكما بثلث مالي، أو قال: أوصيت بعبدي هذا لزيد، وأوصيت به لعمرو، فإنه يكون بينهما إجماعاً فكذلك هنا؛ إذ لا فرق بين اقتران الوصيتين وبين افتراقهما[٢].

٥ ـ أنه يمكن أن تكون الوصية الثانية رجوعاً، ويمكن أن تكون بنسيان الأولى؛ فيحتمل أن يقصد بها التشريك بين الأول والثاني، فوجب حملها مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما؛ لاستوائهما في الوصية لهما، لاسيما وأن المحل يحتمل الشركة، واللفظ صالح لهما[٣].

٦ ـ أن الموصي إذا لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى لم يجز أن يكون جميع الموصى به لكل واحد منهما، وليس أحدهما أولى به من الآخر، فلم يبق إلا أن يكون بينهما لتساويهما في سبب الاستحقاق، وهو الوصية به[٤].

وحجة القول الثاني:

١ ـ القياس على النصين المتعارضين، فإن الثاني المتأخر ينسخ المتقدم.

ونوقش: بأن النسخ لا يصار إليه إلا مع تعذر الجمع، وهنا أمكن بقسمة الوصية بين الموصى لهم.

---

(١) أسنى المطالب ٣/ ٦٥، شرح البهجة له ٤/ ٤٥.

(٢) الحاوي الكبير ٨/ ٣٠٩.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٧، البناية ١٢/ ٥١٦.

(٤) الإشراف ٢/ ١٠١١، شرح الزركشي ٤/ ٣٨٣.

٢ ـ أن الموصي وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً، كما لو قال: ما وصيت به لزيد فهو لبكر[(١)].

ونوقش: بأن الصورة التي قاسوا عليها، ورد فيها تصريح بالرجوع عن وصيته لزيد، فكان بينهما فرق[(٢)].

٣ ـ أن الوصية الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي، حيث يكون ذلك رجوعاً[(٣)].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الوصية الثانية لا تنافي الأولى، حيث يمكن الجمع بينهما، وتصحيح كلام الموصي، والأصل تصحيح كلام العاقل ما أمكن، وكلام الموصى يحتمل التشريك، فلم تبطل وصية الآخر بالشك[(٤)].

الوجه الثاني: أنه يحتمل أن يكون قصد الجمع والتشريك دون الرجوع، حيث ملك كل واحد منهما جميع العين عند الموت، ولا يمكن أن تكون جميعها لكل واحد منهما فتنزل الوصية منزلة ما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما بهذه العين.

٤ ـ القياس على ما لو وهب مالاً لزيد، ثم وهبه لعمرو قبل القبض، فإن ذلك يكون رجوعاً، فكذا هنا.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فالهبة تلزم بالعقد، وعلى التسليم فإنه قياس مع الفارق؛ لأن لزوم الهبة بالقبض، فإذا وهبها قبل القبض علم

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٥٦٨.

(٢) المغني ٨/٤٦٥، شرح الزركشي ٤/٣٨٤.

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه.

رجوعه، بينما لزوم الوصية بعد الموت، فإذا أوصى لزيد ثم لعمرو فيصار إلى التشريك؛ إذ المحل قابل للشركة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن ذلك لا يعد رجوعاً؛ وذلك لقوة دليله، وورود المناقشة على أدلة القول الثاني، ولأن إعمال كلام المكلف أولى من إهماله.

❃ ❃ ❃

المطلب الثاني
أن يجعل الموصي الموصى به بعينه لشخص آخر، مع إلغاء الوصية الأولى

مثل أن يقول: البيت الذي أوصيت به لزيد، فهو لبكر.

وقد اتفق فقهاء الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] على أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى، فتبطل الوصية للأول، وتكون للثاني.

---

(١) المبسوط ٢٧/١٥٧، بدائع الصنائع ٧/٣٧٩، كنز الدقائق للنسفي مع شرحه تبيين الحقائق ٦/١٨٧.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٦/٦٦١، شرح مختصر خليل ٨/١٧٣.

(٣) الأم ٤/١٢٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/٢٩٧، أسنى المطالب ٣/٦٥، تحفة المحتاج ٧/٧٦ - ٧٧، حلية العلماء ٦/١٣٢.

(٤) المغني ٦/٩٦، الفروع ٤/٦٦٢، الإنصاف ٧/٢١١.

وعن الإمام مالك[(١)]: أنه لا يعتبر رجوعاً إلا ما كان صريحاً في الرجوع.

قال الكاساني في بدائع الصنائع[(٢)]: «ولو أوصى بشيء لإنسان، ثم أوصى به لآخر، فجملة الكلام فيه أنه إذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الأولى، والموصى له الثاني محل قابل للوصية، كان رجوعاً . . .

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، أو بعبدي هذا لفلان، ثم قال: الذي أوصيت به لفلان، أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان، كان رجوعاً عن الأولى، وإمضاء للثانية».

وقال الباجي في المنتقى بعد ذكر حكم الصورة الثانية: أن من أوصى بعبده ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، أنه يكون بينهما بنصفين[(٣)]: «إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول، مثل أن يقول: عبدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو، فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثاني فلا شيء فيه للأول».

وقال العمراني[(٤)]: «وإن وصى لرجل بشيء، ثم قال: ما أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان . . . فهو رجوع عن وصيته الأولى؛ لأنه قد نقل الوصية من الأولى إلى الثانية، وصرح بذلك، وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر، أنه يكون بينهما، والأول أصح».

قال ابن قدامة[(٥)]: «(وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر، كانت

---

(١) المعيار ٩/٤٨٧، ٤٤٧، ٢٦٥، ٣٨٩.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣٧٩.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٦/١٦١.

(٤) البيان ٨/٢٩٧.

(٥) المغني ٦/٩٦.

لبكر)، هذا قولهم جميعاً، وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وهو أيضاً على مذهب الحسن، وعطاء، وطاوس، ولا نعلم فيه مخالفاً».

الأدلة على ذلك:

١ ـ أن الموصي صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لزيد، وأوصيت بها لبكر[١].

٢ ـ أن كون الموصى له الثاني محلاً للوصية، مع إعادة الوصية، لا يمكن حمل ذلك على الإشراك؛ لأنه لما أعاد الوصية علم أنه أراد نقل تلك الوصية من الأول إلى الثاني، ولا ينتقل إلا بالرجوع، فكان ذلك منه رجوعاً[٢].

٣ ـ أن تعريف المسند إليه والإتيان بضمير الفصل يفيدان القصر، والقصر يفيد إثبات الحكم للمذكور ونفيه عما عداه.

فقوله: الدار التي أوصيت بها لعمرو هي لزيد، معناه: هي له وحده.

فرع:

واختلف إذا كان الموصى له الأخير وارثاً:

فقال الحنفية، والشافعية[٣]: ذلك رجوع، ولا شيء للموصى به الأول، والخيار للورثة في إمضائه للوارث ورده؛ لما تقدم.

وقال ابن القاسم، وأشهب من المالكية[٤]: هو بينهما، وللوارث الخيار في رد نصيب الوارث.

---

(١) المغني ٦/ ٩٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠.

(٣) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٣، نهاية المحتاج ٦/ ٩٧، الرجوع عن التبرعات المحضة ص٤٥٣.

(٤) المنتقى ٦/ ١٦١.

ووجهه: أنه أوصى به في وجهين فاقتضى التشريك بينهما.

والأقرب: القول الأول؛ لما تقدم من الدليل.

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث

الوصية لشخص بشيء والوصية ببيعه لشخص آخر

مثل: الوصية لأحدهما بداره أو سيارته، ثم الوصية للآخر ببيع تلك الدار أو السيارة له.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال[1]:

القول الأول: أن الوصية بالبيع رجوع عن الوصية الأولى.

القول الثاني: أنه ليس برجوع، ويباع الموصى به للموصى له بالبيع بنقص ثلث ثمنه.

وحجته: أنه أوصى له بثلثه ضمناً، ويعطى الثمن للموصى له بالرقبة، جمعاً بين الوصيتين ما أمكن، وهو أولى من إلغاء إحداهما.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له مال، فالثلث بينهما على أربعة أجزاء: للموصى له بالرقبة ثلاثة أرباع الثلث، وللموصى له بالبيع ربع الثلث.

وحجته: قياساً على من أوصى بجميع ماله لشخص، وبثلثه لآخر؛ لأن الموصى له بالبيع موصى له بالثلث، والموصى له بالرقبة موصى له بالجميع فيقسم الثلث بينهما أرباعاً، وإن قال هو لفلان وبيعوه لفلان في كلام متصل بيع من الموصى له بثلثي ثمنه، وأعطي هذان الثلثان للموصى له بالرقبة.

---

(١) انظر: الذخيرة ٧/ ٦٥.

وإن امتنع الموصى له ببيعه من شرائه أعطي ثلث ثمنه للورثة، على قاعدة الوصية المردودة فإنها ترجع ميراثاً بين الورثة.



المبحث العاشر

المبطل العاشر: خلط الوصية بغيرها

المراد بالمسألة:

المراد بخلط الوصية بغيرها: إذا أوصى بشيء معين معلوم(١)، ثم خلطه الموصي بغيره، مثل أن يوصي لزيد بمئة صاع من البر، فإذا خلطه بغيره، فهل هذا رجوع عن الوصية، أم لا؟

تحرير محل النزاع:

خلط الموصى به بغيره له ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يخلط الموصى به بغيره، وأمكن تمييزه منه، كلخلط البر بباقلاء، فهذا اتفق الفقهاء رحمهم الله على أنه لا يعتبر رجوعاً؛ لإمكان التمييز بينهما(٢).

الصورة الثانية: أن يخلط الموصى به بغيره، ولا يمكن تمييزه منه، مثل: خلط صاع من صبرة معينة بأجود منها، أو بأردأ منها(٣)، ومثل: خلط رطل من زيت معين بزيت آخر، وخلط طعام بطعام، ودقيق معين بدقيق من نوع آخر، وحنطة معينة بحنطة من نوع آخر.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١١٤، المغني لابن قدامة ٦/ ٩٨.

(٢) انظر: الدر المختار مع شرحه رد المحتار ٦/ ٦٥٨، البيان العمراني ٨/ ٢٩٩، مغني المحتاج ٤/ ١١٤، المغني ٦/ ٩٨.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١١٤.

فهذا الخلط قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن خلط الوصية بغيرها بأي حال كان لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به المالكية[١].

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال به الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

قال ابن عابدين في الدر المختار[٥]: «وله: أي: للموصي (الرجوع عنها بقول صريح) . . . (أو) فعل (يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به. . . وتصوف . . . يزيل ملكه)؛ فإنه رجوع، عاد لملكه ثانياً أم لا، (كالبيع والهبة)، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه».

وقال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب[٦]: «لو (أوصى بصاع حِنْطَة مُعيّن ثمّ خلطه) بما يتعذّر تمييزه منه (فهو رجوع) وإن خُلط بأردأ منها؛ **لأنّه** أخرجه عن إمكان التّسليم».

وقال ابن قدامة في المغني[٧]: «وإن وصى بشيء معين، ثم خلطه بغيره

---

(١) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إمام ص١٣١، والوصايا والوقف في الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي ص٥٠.

(٢) كنز الدقائق للنسفي ٦/ ١٨٦، الدر المختار للحصكفي مع شرحه رد المختار ٦/ ٦٥٨.

(٣) الأم للشافعي ٤/ ١٢٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ٨/ ٢٩٩، أسنى المطالب للأنصاري ٣/ ٦٦، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١١٤.

(٤) المغني ٦/ ٩٨، القواعد ص٣٠، الإنصاف ٧/ ٢١٣ ـ ٢١٤.

(٥) ٦/ ٦٥٨.

(٦) أسنى المطالب للأنصاري ٣/ ٦٦.

(٧) المغني لابن قدامة ٦/ ٩٧.

على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً؛ لأنه يتعذر بذلك تسليمه، فيدل على رجوعه، فإن خلطه بما يتميز منه، لم يكن رجوعاً؛ لأنه يمكن تسليمه».

الأدلة:

دليل القول الأول:

١ ـ أن الأصل بقاء الوصية.

٢ ـ أن الخلط لا يعدم الموصى به، بل هو باق بعده، وإن كان مختلطاً بغيره[١].

ونوقش: بأن الموصى به بعد خلطه بما لا يمكن تمييزه في حكم المعدوم؛ لتعذر تسليمه إلى الموصى له.

دليل القول الثاني:

أن الموصي عندما خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، أخرجه عن إمكان التسليم، فلا يمكن تسليمه إلى الموصى له، فكان دليلاً على رجوعه في الوصية[٢].

ونوقش: بعدم التسليم، فالتسليم ممكن.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول، وهو أن خلط الموصى به بغيره بحيث لا يعتبر رجوعاً؛ لقوة دليله.

الصورة الثالثة: خلط الموصى به غير المعين، كما لو أوصى بقنطار قمح من صبره، ثم خلطها بغيرها.

---

(١) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إمام ص١٣١.

(٢) انظر: أسنى المطالب للأنصاري ٣/ ٦٦، المغني لابن قدامة ٦/ ٩٧.

وقد اختلف فيه فقيل: ليس برجوع مطلقاً، خلطها بمثلها، أو بخير منها، أو دونها؛ لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً.

وقيل: إن خلطه بخير منه كان رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم ما هو خير منه فصار متعذر التسليم، فتبطل الوصية؛ لتعذر تسليمها، بخلاف ما لو خلطها بمثلها أو دونها فإنه لا يعد رجوعاً؛ لإمكان تسليمه بتسليم مثله أو ما دونه[١].



(١) المصادر السابقة.

المبحث الحادي عشر
المبطل الحادي عشر: استرجاع وثيقة الوصية من يد الموصى له، أو من يد من وضعت عنده في الوصية المطلقة، أو المقيدة

إذا أوصى لشخص بثلثه إن مات من مرضه، أو من مرضه هذا، وكتب وصيته، وأشهد عليها، ووضعها عند الموصى له، أو عند أمين ثم استرجعها قبل برئه أو بعده، فإن الوصية تبطل، ذهب إليه بعض المالكية.

والأظهر: الرجوع للقرائن.



المبحث الثاني عشر
المبطل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة

وهو أقوى في الدلالة على الرجوع، كما أفتى بذلك ابن الحاج، **ودليل ذلك:**

(٢٥٨) ما رواه مالك أنه بلغه: «أن رجلاً أتى عبد الله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إني أسلفت رجلاً سلفاً، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته، فقال عبد الله بن عمر: فذلك الربا، قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ **فقال عبد** الله: السلف على ثلاثة وجوه.... قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال: أرى أن تشق الصحيفة»[١].

فجعل شق الصحيفة إبطالاً للحق[٢].



(١) الموطأ (٢/ ٦٨١) بلاغاً،
ومن طريق الإمام مالك أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨/ ١٤٦، والبيهقي في سننه الكبرى ٥/ ٣٥١.

(٢) الوصايا والتنزيل ص٥٤٣.

المبحث الثالث عشر
المبطل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد صدور الوصية

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية إذا طرأ على الموصي جنون على قولين:

القول الأول: عدم بطلان الوصية بجنون الموصي.

وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة(١).

القول الثاني: بطلان الوصية بالجنون المطبق.

وهو مذهب الحنفية.

وفي قول لهم: الأمر موقوف على نظر القاضي: إن أجازها نفذت وإلا فلا.

واختلفوا في ضابط المجنون المطبق:

فقال أبو يوسف: ما امتد شهراً فأكثر.

وقال محمد بن الحسن: ما امتد سنة فأكثر، وفي قول لهم: ما امتد ستة أشهر(٢).

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٤.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: (عدم البطلان):

١ ـ حديث: «**رفع القلم عن ثلاثة: . . . وعن المجنون حتى يفيق**»[١]، فإنه يدل على اعتبار الجنون وقت التصرف، وعدم الاعتداد بالجنون الطارئ، وذلك من وجهين:

الأول: التعبير بلفظ المجنون بصيغة اسم المفعول، والقاعدة الأصولية: أن اسم الفاعل والمفعول حقيقة في الحال، أي: حال التلبس بالوصف، فالمجنون المرفوع عنه القلم هو من كان في حال جنونه ساعة التصرف لا من جنَّ مستقبلاً، فإن هذا لا يسمى مجنوناً، فلا يشمله الحديث، وبالتالي لا يرفع عنه القلم، ولا يبطل تصرفه الواقع في حال إفاقته بطرو جنونه.

الثاني: قوله: «**حتى يفيق**» يدل بمفهومه على الاعتداد بتصرفاته حال إفاقته، وهو عام فيمن بقي على إفاقته، وفيمن طرأ عليه الجنون بعد إفاقته، عملاً بقاعدة عموم المخالفة.

٢ ـ أن الوصية صدرت من أهل فلا تبطل بزوال الأهلية بعد ذلك، كالبيع والإجارة.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه عقد البيع والإجارة يقع لازماً؛ لذا لم يؤثر فيه ما يطرأ عليه من زوال أهلية العاقد، وتنتقل به الملكية بمجرد العقد، وانتهاء خيار المجلس، أما الوصية فعقد جائز، لا تنتقل به الملكية إلا بعد الموت.

أدلة القول الثاني: (البطلان):

١ ـ قياس الوصية على الوكالة؛ إذ الوكالة تبطل بزوال أهلية الموكل بالجنون.

---

(١) تقدم تخريجه برقم (١١٤).

ونوقش هذا الاستدلال: أن قياس الوصية على الوكالة غير مسلم؛ لأن الوكيل يستمد ولايته من ولاية موكله، فإذا زالت أهلية موكله، فقد زالت ولاية الوكيل، أما الموصي فإنه يستمد ولايته من نفسه لا من غيره.

٢ - أن من حق الموصي أن يبدل في وصيته، أو يرجع عنها ما دام حياً، وهذا الجنون العارض قد فوت عليه حقاً من حقوقه، فتبطل وصيته.

ونوقش: أن هذا التفويت لا يؤثر في الوصية؛ لأنه فعلها وهو أهل للتبرع.

٣ - أن الوصية عقد جائز، وغير لازم، فكان دوامه كابتدائه، ولما كان المجنون غير أهل لإنشاء الوصية ابتداء؛ لعدم التمييز كان الجنون الطارئ كالجنون وقت العقد لا تصح الوصية معه؛ لاحتمال أنه لو أفاق من جنونه لرجع عن وصيته.

٤ - وفرقوا بين الجنون المطبق الذي أبطلوا به الوصية والجنون غير المطبق: بأن الجنون غير المطبق لا يزيل العقل بالإغماء والنوم، وهما لا يبطلان العقد إذا طرأ عليه[1].

ونوقش: أن تسوية الحنفية بين الجنون الطارئ والجنون المقارن للعقد لا تصح، ومخالفة لعدة قواعد:

الأولى: قاعدة الشك في المانع لا يؤثر؛ لأن رجوعه إذا أفاق مجرد احتمال مشكوك فيه.

الثانية: قاعدة الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإنها تقتضي صحة وصية العاقل، لوجود العقل ساعة العقد.

الثالثة: قاعدة المعتبر في العقود وقت إنشائها، لا تبطل بما يطرأ عليها.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٤.

الرابعة: قاعدة أن الدوام ليس كالابتداء.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه الجمهور؛ لقوة دليله، ولما فيه من الجمع بين الأدلة.



المبحث الرابع عشر

المبطل الرابع عشر: ردة الموصي

وقد تقدم بحث هذه المسألة في حكم وصية المرتد.



المبحث الخامس عشر

المبطل الخامس عشر: تخلف شرط الموصي

كقوله: إن مت من مرضي هذا فسيارتي للفقراء أو لطلاب العلم، فإذا برئ من مرضه، فإن الوصية تبطل.

والدليل على ذلك:

١ ـ قول الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(١)، وهذا يتضمن الإيفاء بأصل العقد ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه.

٢ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «**المسلمون على شروطهم**»(٢).

قال ابن قدامة: «وتصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة، ثم مات بطلت الوصية المقيدة، وبقيت المطلقة»(٣).

وفرق المالكية بين الوصية المكتوبة وغير المكتوبة كما يلي:

١ ـ إذا كانت الوصية غير مكتوبة فإنها تبطل.

٢ ـ إن كانت مكتوبة ووضع الكتاب تحت يد غيره، ولم يسترده بعد

---

(١) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٦٩).

(٣) المغني ٦/ ٤٧٥.

تخلف شرطه كبرئه من مرضه فالوصية لا تبطل؛ لأن بقاء الكتاب تحت يد من هو في يده قرينة على استدامته لوصيته، وإقراره لها.

٣ ـ أن يسترجعه بعد تخلف الشرط ممن هو في يده فتبطل الوصية؛ لأن استرداد الكتاب قرينة دالة على رجوعه.

فرع:

واختلف إذا ترك الكتاب بيده بعد الإشهاد على أقوال ثلاثة للمالكية:

القول الأول: إن مات في مرض آخر أو سفر آخر صحت، وإلا بطلت.

وهو المشهور عن مالك[١].

وحجته: القياس على إذا ما أبقاه عند غيره.

القول الثاني: البطلان.

وحجته: القياس على ما إذا وضع الكتاب عند غيره واسترجعه؛ لأن الكتاب موجود عنده في الحالتين.

ونوقش: بأن علة البطلان في المقيس عليه هي استرجاع الكتاب، فإنه يدل على رجوعه لا مجرد وجود الكتاب عنده، وهذه العلة غير موجودة في المقيس.

القول الثالث: الصحة.

وحجته: أنها الأصل[٢].



(١) المصادر السابقة.

(٢) ينظر: المدونة ٤/ ٢٨٤، المنتقى ٦/ ١٤٨، الذخيرة ٧/ ٥٩، حاشية الزرقاني ٨/ ١٨١، الوصايا والتأويل ص٥٦٥.

المبحث السادس عشر
المبطل السادس عشر: استغراق ذمة الموصي بالتبعات والديون

إذ الوصية بعد الدين؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[1]، وقد تقدم بحث هذا في شروط الموصي.



(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

المبحث السابع عشر
المبطل السابع عشر: كون الموصى له وارثاً

وقد تقدم بحث هذه المسألة في شروط الموصى له.



المبحث الثامن عشر
المبطل السادس عشر: ردة الموصى له

وقد اختلف العلماء ـ رحمهم الله ـ في ذلك على أقوال:

القول الأول: صحة الوصية.

وحجته: أن الأصل الصحة؛ ولأن الوصية لا من فعل الموصى له ولا من عمله، فلا يشملها دليل البطلان.

القول الثاني: بطلان الوصية.

وحجته: القياس على ردة الموصي.

القول الثالث: إن علم الموصي بردته ولم يرجع فلا تبطل، وإن لم يعلم الموصي حتى مات بطلت.

وحجته:

١ ـ أنه إن علم ولم يرجع فلإقراره لها بعد علمه.

٢ ـ أنه إذا لم يعلم بردته حتى مات بطلت؛ لأنه لم تطب نفسه بالوصية إلا بوصفه مسلماً[1].



(١) حاشية الزرقاني ٨/ ١٧٩، الوصايا والتنزيل ص٥٦٧.

المبحث التاسع عشر
المبطل التاسع عشر: هلاك العين الموصى بها واستحقاق الموصى به المعين لغير الموصي

اتفق الفقهاء على أن الموصى به المعين إذا هلك أو تلف أو استحق جميعه، فإن الوصية تبطل لتعلقها بمعين، واستحالة تنفيذها عقلاً بذهاب عينه، أو شرعاً باستحقاقه، سواء كان التلف والاستحقاق في حياة الموصي أو بعد موته؛ لأنه إذا كان الهلاك أو الاستحقاق قبل الموت فالوصية لم تصادف محلاً، وإن كان بعد الموت فإن التركة بيد الورثة أمانة، ولا ضمان على أمين(١).

وهذا بخلاف غصبه فإن الوصية لا تبطل به؛ لبقاء ملك الموصي عليه(٢)، وتنفذ إذا قدر عليه، والسرقة كالغصب.

فإن هلك البعض فقط أو استحق البعض فقط بطلت الوصية في القدر المستحق والهالك، ونفذت في الباقي إذا حمله الثلث(٣).

وفي حالة الهلاك الكلي أو الجزئي بتعد من الوارث أو غيره، فإن الوصية لا تبطل بذلك، ويتعلق ببدله الذي يغرمه المتعدي من مثل أو قيمة إذا

---

(١) المغني ٦/ ١٥٤، ١٥٥، المنتقى ٦/ ١٦٣، المدونة ٤/ ٢٧٩، ٣٠٦، ٣٠٧.
(٢) الزرقاني ٨/ ١٩١.
(٣) المدونة ٤/ ٢٨٠، المغني ٦/ ١٥٥.

كان التعدي بعد موت الموصي؛ لأن الوصية تملك بالموت فعلى من تعدى عليها غرمها للموصى له؛ لأنها مال من أمواله[١]، بخلاف هلاكه بتعد قبل الموت فإن الوصية تبطل، والبدل الذي يغرمه المتعدي يأخذه الورثة بمنزلة ما لو باعه الموصي في حياته، فإن الوصية تبطل والثمن للورثة[٢].

وفي رواية عن أحمد: أن الوصية لازمة في هذه الحالة وتتعلق بكل التركة، فيشترى منها الموصى به إذا لم يكن موجوداً ويعطى للموصى له مراعاة لقصد الموصي ولفظه، فإن مقصوده إعطاء الموصى له ما سماه، فإذا لم توجد عينه في التركة اشتري منها ولا تبطل الوصية[٣].



---

(١) الذخيرة ٧/ ٤٧، الزرقاني ٨/ ١٨٢.

(٢) راجع المنهاج وفروعه وحواشيه ٦/ ٩٣، نهاية المحتاج ٦/ ٩٥، الرهوني ٨/ ٢٥٩.

(٣) راجع المغني ٦/ ١٤٩، ١٥٠.

المبحث العشرون
المبطل العشرون: رد الوصية

وتحته مطالب:

المطلب الأول
وقت الرد

وتحتها أقسام:

القسم الأول: أن يكون الرد قبل موت الموصي:

إذا أوصى شخص لآخر فلا اعتبار لقبوله ولا رده إلا بعد موت الموصي باتفاق المذاهب الأربعة، وعلى هذا لو قبل في حياة الموصي لم يعتبر قبوله، وكذا لو ردها[(١)].

قال الكاساني: «وقت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت، ثم قبل بعده صح قبوله»[(٢)].

وقال ابن رشد: «وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي»[(٣)].

وقال الشافعي: «ولا يكون قبول ولا رد في وصية حياة الموصي، فلو

---

(١) ينظر: المبسوط ٧/ ٤٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٤، الأم ٨/ ٢٧١، المغني ٨/ ٤١٥.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣١.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٧٤.

قبل الموصى له قبل موت الموصي كان له الرد إذا مات، ولو رد في حياة الموصي كان له أن يقبل إذا مات ويجبر الورثة على ذلك؛ لأن تلك الوصية لم تجب إلا بعد موت الموصي»(١).

قال المقدسي: «الثاني أن العطية يعتبر قبولها وردها حين وجودها كعطية الصحيح، والوصية لا يعتبر قبولها وردها إلا بعد موت الموصي»(٢).

ودليل ذلك:

١ ـ أن الوصية إيجاب الملك بعد الموت، والقبول أو الرد يعتبر، كذا الإيجاب؛ لأنه جواب، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال.

ونظيره: إذا قال لامرأته: إذا جاء غد فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول أو الرد إذا جاء غد كذا هذا، فإذا كان التصرف يقع إيجاباً بعد الموت يعتبر القبول بعده(٣).

٢ ـ لأن الوصية لم تقع بعد، فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول، فلا يكون محلاً للرد(٤).

وعن زفر: لا تبطل بردها بعد الموت، كالإرث، بناء على أن القبول ليس ركناً ولا شرطاً؛ كما أن القبول بعد ردها بعد الموت لا أثر له(٥).

وقال بعض المالكية: تبطل بردها قبل الموت.

ومنشأ الخلاف: اختلافهم في إسقاط الشيء قبل وجوبه، كإسقاط الشفعة قبل البيع، فمن رآه لازماً قال تبطل الوصية بردها قبل الموت، ومن

---

(١) الأم ٤/ ١٠٢.

(٢) العدّة شرح العمدة ٢/ ٥٤.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣١.

(٤) المغني ٨/ ٤١٥.

(٥) الفتاوى الهندية ٦/ ٩٠، أحكام الوقف والوصايا لفراج ص٥٩، حاشية الدسوقي ٤/ ١٠٢.

رآه غير لازم قال: لا تبطل بردها قبل الموت؛ لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه، وفي الحالتين معاً إذا بطلت تعود لورثة الموصي[(١)].

القسم الثاني: أن يردها بعد الموت، وقبل القبول، فيصح الرد، وتبطل الوصية[(٢)]:

قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه خلافاً»[(٣)]؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه، فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع.

القسم الثالث: أن يرد بعد القبول والقبض، فلا يصح الرد:

قال السرخسي[(٤)]: «والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية»[(٥)]؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فأشبه رده لسائر ملكه، إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة[(٦)].

القسم الرابع: أن يرد بعد القبول وقبل القبض:

اختلف العلماء على أقوال:

---

(١) الذخيرة ٧/٥٦، نهاية المحتاج ٦/٦٦، المعيار ٩/٢٤٤.

(٢) ينظر: المبسوط ٧/٤٨، بدائع الصنائع ٧/٣٣٢، مواهب الجليل ٦/٣٦٧، تحفة المحتاج ٣/٣٧، أسنى المطالب ٣/٤٣، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٣٤٨، الفروع ٧/٤٦١، كشاف القناع ٧/٢١٣٠، مطالب أولي النهى ٤/٤٥٨، شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٣ ـ ٤٥٤.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط ٢٨/٤٩.

(٥) ينظر: المبسوط ٢٨/٤٩، تحفة المحتاج ٣/٣٧، أسنى المطالب ٣/٤٣، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٣٤٨، البيان ٨/١٧٣، شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٣، كشاف القناع ٧/٢١٣٠ ـ ٢١٣١.

(٦) ينظر: المبسوط ٢٨/٤٩، وهو ابتداء تمليك منهم له ـ أسنى المطالب ٣/٤٣، تكملة المجموع ١٦/٣٠٠.

القول الأول: لا يصح الرد.

وهو المذهب عند الحنابلة، ووجه عند الشافعية.

وحجته: لأنه قد ملك الموصى به إما بالقبول أو بالموت، فلم يصح رده؛ كما لو وهبه عيناً وقَبِلها وقبضها بإذنه، ثم ردها.

وفي مطالب أولي النهى[١]: «لم يصح الرد مطلقاً» أي: سواء قبضها أو لا، وسواء كانت مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما[٢].

القول الثاني: التفصيل بين المكيل والموزون وغيرهما.

إن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً، صح الرد[٣]؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فأشبه رده قبل القبول، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فهو كالمقبوض.

القول الثالث: يصح الرد.

وهو وجه عند الشافعية، وهو المنصوص عليه.

وحجته: لأن ملكه لم يستقر عليها بالقبض، فصح الرد[٤].

والراجح: عدم صحة الرد إلا برضا الورثة؛ لما تقدم أن الموصى له يملك الوصية بالقبول[٥].

❋ ❋ ❋

---

(١) مطالب أولي النهى ٤/ ٤٥٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٥٣، كشاف القناع ٧/ ٢١٣٠ ـ ٢١٣١.

(٣) ينظر: الفروع ٧/ ٤٦٢.

(٤) البيان ٨/ ١٧٣.

وينظر: تكملة المجموع ١٦/ ٣٠٠، أسنى المطالب ٣/ ٤٣، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ٣٤٨، مغني المحتاج ٣/ ٦٨. وكذا ذكره ابن قدامة في المغني ٨/ ٤١٥.

(٥) ينظر: مبحث ملكية الوصية.

المطلب الثاني

فإن صح رد الوصية، فإنها تعود إلى تركة الميت ومن ثم إلى ورثته؛ إذ إن الأصل في مال الميت أن يكون تركة لورثته إلا ما استثناه الميت لمن أوصى له، فإنه إن رده عاد إلى أصله وهو كونه تركة، وتبطل الوصية كأن لم تكن[١].

قال في المغني: «كل موضع صح الرد فيه، فإن الوصية تبطل بالرد، وترجع إلى التركة، فتكون للوراث جميعهم؛ لأن الأصل ثبوت الحكم لهم، وإنما خرج بالوصية، فإذا بطلت الوصية، رجع إلى ما كان عليه، كأن الوصية لم توجد»[٢].

❁ ❁ ❁

المطلب الثالث

إذا رد الوصية وخص بردها بعض الورثة لم يتخصص، وكانت لجميع الورثة[٣].

---

(١) ينظر: المبسوط ٢٨/ ٤٨، بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٢، مواهب الجليل ٦/ ٣٦٧، الأم ٨/ ٢٧١ - ٢٧٢، المغني ٨/ ٤١٦، الفروع ٧/ ٤٦٢، كشاف القناع ٧/ ٢١٣١، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٥٨، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٥٤.

(٢) المغني ٨/ ٤١٦.

(٣) ينظر: المبسوط ٧/ ٤٩، المغني ٨/ ٤١٦، الفروع ٧/ ٤٦٢، كشاف القناع ٤/ ٣٤٥، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٥٩، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٥٤.

قال ابن مفلح[١]: «ومتى رد أو قال: لا أقبله فتركه وليس له تخصيص أحد ونصيب من لم يقبل ممن يمكن تعميمهم للورثة».

فرع:

قال في شرح المنتهى: «وإن امتنع موصى له بعد موت موصٍ من قبول ورد للوصية حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية لعدم قبوله»[٢].

وقال في المبسوط[٣]: «إذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة فرده جائز إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحاً إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه؛ وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضي».



---

(١) الفروع ٤/٥١٧.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٤.
وينظر: البيان ٨/١٧٤، حاشية الجمل ٤/٤٨ ـ ٤٩، تكملة المجموع ١٦/٢٩٨ ـ ٣٠٠، البيان ٨/١٧٤، كشاف القناع ٤/٣٤٥.

(٣) المبسوط ٢٨/٤٩.

المبحث الحادي والعشرون
المبطل الحادي والعشرون: وفاة الموصى له

وتحته مطلبان:

المطلب الأول
وفاة الموصى له قبل الموصي أو معه

إذا توفي الموصى له قبل الموصي أو معه، فهنا ثلاثة أقوال:

القول الأول: بطلان الوصية مطلقاً، علم الموصي بموته أم لا.

وهو مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم، وبه قال الزهري، وحماد بن أبي سليمان[1].

وذهب بعض المالكية: أنه إذا كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم فنصيبه لشركائه.

وحجته:

١ ـ ما تقدم من الأدلة على أن الوصية تقبل وتملك بعد موت الموصي

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٧/ ٢٨٥، المبسوط ٢٧/ ١٦٠، العناية شرح الهداية ١٠/ ٤٨٨، البحر الرائق ٨/ ٤٦٧، المدونة ٤/ ٣٧٨، مواهب الجليل ٦/ ٨٦٨، تحفة المحتاج ٧/ ٣٩، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ١٦٨، المغني ٦/ ٦٨، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٥٩، المحلى ٨/ ٣٦٤، الوصايا والتنزيل ص٥٥٩.

ولم يوجد[١].

٢ ـ أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإذا مات الموصى له قبل موت الموصي لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته[٢].

٣ ـ ولأنها عطية صادفت المعطى ميتاً، فلم تصح كما لو وهب ميتاً[٣].

٤ ـ القياس على الإرث.

٥ ـ أن الوصية إنما تجب بالموت، فإذا مات قبله لم يبق لها محل ومستحق.

القول الثاني: صحتها مطلقاً، ويستحقها ورثة الموصى له.

وبه قال الحسن البصري، والنخعي[٤].

وحجته: أنه أي: الموصى به للموصى له بعد عقد الوصية، فيقوم الوارث مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول[٥].

القول الثالث: التفصيل بين علمه بوفاته وعدمه، فإن علم بوفاته ولم يغير وصيته فهي لورثة الموصى له، وإن لم يعلم بوفاته بطلت، وعادت لورثة الموصي.

وهو قول عطاء[٦].

وحجة هذا القول:

١ ـ أن الموصي لما أعلم بوفاة الموصى له ولم يغير وصيته كان ذلك دليلاً على أنه قصد جعله لورثته، وإبقاءه لهم، فتعطى لهم.

---

(١) ينظر: مبحث ملكية الموصى به.

(٢) درر الحكام ٢/ ٤٤٥، مغني المحتاج ٤/ ٨٨.

(٣) شرح المنتهى ٢/ ٤٦١، كشاف القناع ٤/ ٣٤٥.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٧/ ٢٨٥، سنن سعيد بن منصور ١/ ١٤٤، المغني ٦/ ٦٨.

(٥) المغني ٦/ ٦٨.

(٦) انظر: المغني ٦/ ٢٨.

٢ ـ ولأن استمراره على وصيته بمنزلة إنشاء وصية جديدة لورثة الموصى له، بخلاف ما إذا لم يعلم، فإن الوصية تبطل؛ لاحتمال أنه لو علم بوفاته لرجع عن وصيته.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لم يغير وصيته بعد علمه بوفاته لمعرفته ببطلان الوصية بموته، والأموال لا تنتقل بالشك.

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني
وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي

فإن كان بعد قبوله، فبالاتفاق على أن الوصية تورث عنه؛ لاستحقاقه لها بالقبول، ومن مات عن حق فلورثته.

وأما من مات قبل القبول، فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن حق القبول ينتقل للوارث، فإن شاء قبل، أو رد، ولا يبطل بموت الموصى له.

ذهب إلى ذلك المالكية على الراجح عندهم[(١)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة في إحدى الروايتين، وهي المذهب[(٣)].

---

(١) المدونة ٦/ ٣٥، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/ ١٦٤٤، المقدمات ٣/ ١٢٠، الذخيرة ٧/ ٥٥.

(٢) الحاوي الكبير ٨/ ٢٥٧، حلية العلماء ٦/ ٧٦، روضة الطالبين ٦/ ١٤٣.

(٣) المغني ٨/ ٤١٦، شرح الزركشي ٤/ ٣٧١، قواعد ابن رجب ص٣٤٣، إرث الحقوق ٢/ ٢٣٤.

إلا أن المالكية استثنوا حالة واحدة: إذا كان الموصي يريد بوصيته عين الموصى له وشخصه، فإن الوصية تبطل بوفاته، وليس لوارثه القبول حينئذ[١].

القول الثاني: أن حق القبول يبطل بموت الموصى له، فلا ينتقل للوارث، فتبطل الوصية، وتكون لورثة الموصي.

ذهب إلى ذلك أبو بكر الأبهري من المالكية[٢]، وهو وجه عند الشافعية[٣]، والرواية الثانية عند الحنابلة[٤].

القول الثالث: أن حق القبول والرد يبطل بموت الموصى له، وتدخل الوصية في ملك الوارث، وليس له أن يرد.

ذهب إلى ذلك الحنفية[٥]، وهو قول عند المالكية[٦]، ووجه عند الحنابلة[٧].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ ـ أن القبول حق ثبت للمورث فثبت للوارث بعد موته؛ لقوله ﷺ: **«من ترك مالاً فلورثته»**[٨]، وكخيار الرد بالعيب[٩].

---

(١) الزرقاني ٤/ ٢٩٦، نهاية المحتاج ٦/ ٦٦، المغني ٦/ ٢٤.
(٢) المعونة ٣/ ١٦٤٤، مواهب الجليل ٦/ ٣٦٧.
(٣) حلية العلماء ٦/ ٧٦.
(٤) المغني ٨/ ٤١٧، الإنصاف ٧/ ٢٠٦.
(٥) الكتاب ٤/ ١٧٠، الهداية ٤/ ٥٨٥.
(٦) المقدمات ٣/ ١٢٠.
(٧) قواعد ابن رجب ص٤٣٠.
(٨) سبق تخريجه برقم (٦٥).
(٩) المغني ٨/ ٤١٧، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٤٥.

٢ ـ أن كل سبب استحق به المرء تملك عين بغير اختيار مالكها لم يبطل بموته قبل تملكها، كالرد بالعيب[(١)].

٣ ـ أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين، فلم تبطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن، والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما[(٢)].

٤ ـ أن الوصية عقد لا يبطل بموت الموجب، فلا يبطل بموت الآخر، كالرهن والبيع[(٣)].

٥ ـ وحجة المالكية على ما ذكروه من الاستثناء: القياس على الهبة إذا قصد بها عين الموهوب له، فإنها تبطل بموته قبل القبول.

أدلة القول الثاني:

١ ـ أن الوصية عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد، كالهبة[(٤)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القياس على الهبة قياس مع الفارق؛ ذلك أن الهبة عقد جائز من الطرفين، ويبطل بموت الموجب له، بخلاف الوصية[(٥)].

٢ ـ أن خيار القبول لا يتعارض عنه، فبطل بالموت كخيار المجلس، والشرط، وخيار الأخذ بالشفعة[(٦)].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح القياس على الخيارات؛ لأن موت

---

(١) الحاوي الكبير ٨/ ٢٥٨.

(٢) المغني ٨/ ٤١٧ .

(٣) المغني ٨/ ٤١٧ .

(٤) المغني ٨٤١٧، شرح الزركشي ٤/ ٣٧٢.

(٥) المغني ٨/ ٤١٧، إرث الحقوق ٢/ ٢٣١ .

(٦) المغني ٨/ ٤١٧، شرح الزركشي ٤/ ٣٧٢.

الموصى له لم يبطل الخيار، ويجعل العقد لازماً، بخلاف الخيارات فإنها إذا بطلت بالموت صار العقد لازماً، لا باطلاً.

٣ ـ أن الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سببه، وها هنا السبب معدوم لعدم القبول[١].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن سبب استحقاق القبول هو الإيجاب، وقد تحقق، ويمكن أن يقال أيضاً: إن الموروث هنا إنما هو حق التملك، وقد تحقق سببه وهو الإيجاب، وليس حق الملك حتى يشترط تحقق سببه وهو القبول، فبين المسألتين فرق ـ والله أعلم ـ.

أدلة القول الثالث:

١ ـ أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً، لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخلت في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة[٢].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الوصية عقد يفتقر إلى قبول المتملك، فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة[٣].

٢ ـ أن أحد الركنين من جانب الموصى له وهو القبول لا يشترط لعينه، بل لوقوع اليأس عن الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له[٤].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الموصى له إذا لم يملك إلا بالقبول، وهو أصل، فوارثه أولى أن لا يملك بغير قبول وهو فرع[٥].

---

(١) الذخيرة ٧/ ٥٥.

(٢) الهداية ٤/ ٥٨٥، رد المحتار ٥/ ٤٢١.

(٣) المغني ٨/ ٤١٧، إرث الحقوق ٢/ ٢٣٣.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٢.

(٥) أسنى المطالب ٣/ ٤٣.

٣ ـ أن القبول لما تعذر ممن له حق القبول سقط اعتباره لمكان العذر، كما لو كانت الوصية للمساكين[١].

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه لا يسلم سقوط اعتبار القبول لمكان العذر كالبيع، وسائر العقود، ولا يصح القياس على الوصية للمساكين؛ لأنه لا يشترط القبول لصحة الوصية لغير معين بخلاف الوصية للمعين، فإن القبول شرط فيها.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من المناقشة، ولكونه وسطاً بين القولين الآخرين.

فرع:

وإن شك في موت الموصى له هل كان قبل موت الموصي أو بعده أو جهل ذلك بطلت الوصية، ولا شيء لورثة الموصى له قياساً على الإرث[٢].



---

(١) شرح الزركشي ٤/ ٣٧٢.

(٢) الذخيرة ٧/ ١٤.

المبحث الثاني والعشرون

المبطل الثاني والعشرون: قتل الموصى له للموصي

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء:

١ ـ في صحة الوصية إذا كان القتل بحق، كقصاص وحد.

٢ ـ ولا خلاف في صحتها إذا كان القتل لعذر الدفاع عن النفس، أو المال، أو العرض، أو الدين في حدود الدفاع المشروع.

وقد اختلف الفقهاء في الوصية للقاتل فيما عدا ذلك.

وسبب الخلاف: عدم وجود نص صحيح صريح في الموضوع، فلم يوجد إلا عمومات متعارضة، وأقيسة متباينة.

القول الأول: التفصيل بين أنواع القتل، وأحوال القاتل، فأجازوه مطلقاً فيما يلي:

١ ـ إذا كان القاتل غير مكلف تقدمت الوصية، أو تأخرت[1].

٢ ـ إذا كان القتل خطأ تقدم أو تأخر كذلك.

وفيما عدا هذه الحالات، وهي إذا كان القاتل مكلفاً، والقتل عمداً

---

(١) الذخيرة ٧/ ٩٣، الرهوني ٨/ ٢٣٩.

عدواناً بغير حق ولا عذر، فإن هنا تفصيلاً بين القتل المتأخر عن الوصية والقتل المتقدم عليها:

ففي الحال الأولى: إذا أوصى له فقتله، فإنها تبطل اتفاقاً، إذا مات المقتول مكانه، أو عاش بعض الوقت ولم يعلم بقاتله.

وأما إن علم بقاتله، وأنه هو فلان الموصى له، ولم يغير وصيته، فإن الوصية تصح في هذه الحالة على المعتمد.

وقيل: تبطل[١].

وفي الحال الثانية: إذا ضربه أو جرحه، ثم أوصى له، فإن الوصية تصح اتفاقاً إذا علم أن الذي حاول قتله هو فلان، ومع ذلك أوصى له، فإن لم يعلم بأنه حاول قتله، وأوصى لشخص يظنه بريئاً من دمه فإذا هو قاتله في الواقع، فإن الوصية لا تصح له على الأظهر، وقيل: بصحتها.

وهذا قول المالكية[٢].

وعند الحنابلة: الفرق بين أن يوصى له بعد الجرح: فيصح، وقبله: لا يصح.

ونص بعض الحنابلة: كل قتل مضمون بقصاص، أو دية، أو كفارة: يمنع القاتل ميراث المقتول، سواء كان عمداً أو خطأ، بمباشرة أو سبب، وسواء انفرد بقتله أو شارك يمنعه الوصية[٣].

القول الثاني: بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، سواء كان القتل عمداً أو خطأ، قبل الوصية أو طرأ عليها، انفرد القاتل بالقتل، أو شاركه غيره، ولو كثروا، بشرط أن يكون القتل مباشرة، والقاتل مكلفاً.

---

(١) المدونة ٤/ ٢٩٩، الرهوني ٨/ ٢٣٩.

(٢) انظر: الذخيرة ٧/ ٢٨.

(٣) الإنصاف ٧/ ٢٣٢.

وأجازوها إذا كان القاتل صبياً، أو مجنوناً، أو كان القتل تسبباً، أو كان بحق، أو في حالة الدفاع المشروع.

وهو مذهب الحنفية.

القول الثالث: صحة الوصية للقاتل مطلقاً، تقدم القتل، أو تأخر عن الوصية، وسواء كان القتل عمداً عدواناً أم لا، وسواء كان القتل مباشرة أم تسبباً، وسواء كان القاتل مطلقاً أم لا.

وهو الأظهر عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة، اختاره ابن حامد.

القول الرابع: بطلان الوصية بقتل الموصي من طرف الموصى له مطلقاً ولو كان القاتل صغيراً، أو مكرهاً، وسواء كان القتل عمداً، أو خطأ، أو مشروعاً لقصاص ونحوه، أو كان لعذر لدفاع عن النفس، أو المال، أو العرض، وسواء كان مباشرة أو تسبباً، ولو كان حاكماً حكم على شخص بقتل، أو شاهداً شهد عليه بما يوجب القتل، أو زكى من شهد بوجوبه[(١)].

وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.

دليل القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ﴾[(٢)] فالآية نص في عدم مؤاخذة المخطئ بخطئه، ولو أبطلت الوصية للقاتل خطأ لكان مؤاخذة له بخطئه.

٢ ـ حديث: «**رفع القلم عن ثلاثة: عن النَّائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل**»[(٣)] وهو يقتضي عدم تكليفهما بما

---

(١) نهاية المحتاج وحواشيه ٤/٢٧، ٤٨، حاشية الشرقاوي ٢/٧٦.

(٢) من الآية ٥ من سورة الأحزاب.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١١٤).

يصدر عنهما في حال الصغر والجنون، فلا تبطل الوصية بقتلهما؛ لما في ذلك من مؤاخذتهما بفعلهما.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القتل مانع، والمانع يستوي فيه المكلف وغيره؛ لأنه من خطاب الوضع الذي لا يشترط في التكليف[(١)].

٣ ـ أدلة الإذن في القتل الحق؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات، والإذن في الشيء يدل على مشروعيته، وصحته عند وقوعه، وعدم المعاقبة على فعله، فلو حرم القاتل بحق من الوصي لكان ذلك معاقبة له عليه، والعقوبة على الشيء تقتضي تحريمه فيلزم اجتماع الضدين: الإذن في القتل، والنهي عنه وهو محال.

(٢٥٩) ٤ ـ وما رواه البخاري من طريق عكرمة، ومسلم من طريق ثابت مولى عمر بن عبد الرحمن، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «**من قُتِل دون ماله فهو شهيد**»[(٢)].

فلو حرم الدافع عن وصيته بسبب قتله الموصي أثناء دفاعه لكان ذلك عقاباً يقتضي تحريمه، فيجتمع الأمر بالقتل والنهي عنه، وهو لا يجوز.

٥ ـ عموم أدلة الوصية، فإنها تعم القاتل وغيره.

خرج منها قاتل العمد العدوان إذا كان مكلفاً؛ لاتهامه بقصد استعجال الوصية قبل وجوبها، فعوقب بحرمانه منها، فيبقى من عداه داخلاً في النص مشمولاً له؛ لانتفاء هذه العلة، والعام المخصوص حجة في الباقي، كما أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهذه الحالات التهمة فيها منتفية.

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٦١.

(٢) صحيح البخاري في المظالم: باب من قتل دون ماله (٢٣٤٨)، ومسلم في الإيمان: باب الدليل على أن من قصد مال غيره... (٣٧٨).

٦ ـ ووجه القول ببطلانها إذا لم يعلم الموصي بقاتله هو قاعدة: أن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

وأما سبب الخلاف إذا علم ولم يغير وصيته فهو الخلاف في السكوت هل يدل على الرضا أم لا؟

فمن اعتبره دالاً على الرضا قال: سكوته بعد علمه بقاتله دليل على رضاه ببقاء وصيته له، وعدم رجوعه، أو هو بمنزلة الوصية له بعد الجرح.

ومن اعتبره لا يدل على الرضا قال ببطلانها، إلا أن ينشئ وصية جديدة لبطلان الأولى بالقتل العمد العدوان، ورأى السكوت غير كاف في الدلالة على الرضا ببقاء وصيته الأولى له.

٧ ـ وحجة القول بصحتها في حالة العلم بقاتله: هو عموم أدلة الوصية، وعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ﴾[1] وإبطال الوصية تبديل لها، فلا يجوز إلا بدليل خاص يصلح أن يكون مخصصاً لهذه العمومات.

٨ ـ أن تأخر الوصية عن الجرح ينفي عن الجارح تهمة استعجال الشيء قبل أوانه، فلا تشمله القاعدة السابقة[2].

٩ ـ أن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها، بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها؛ لأنه يبطل ما هو آكد منها، يحققه أن القتل إنما منع الميراث، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده، وهو منع الميراث، دفعاً لمفسدة قتل الموروثين، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه أيضاً، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية، فإنه ربما استعجلها بقتله،

---

(١) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٩، الفتاوى الهندية ٦/ ٩١.

وفارق القتل قبل الوصية، فإنه لم يقصد به استعجال مال، لعدم انعقاد سببه، والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه.

١٠ ـ أنه إذا كان الجرح بعد الوصية، فالظاهر ندم الموصي على وصيته ورجوعه عنها، فحمل على ذلك، وإن لم يصرح بالرجوع، بخلاف الجرح قبل الوصية، فالظاهر أنه أوصى له بقصد مقابلة السيئة بالحسنة.

دليل القول الثاني:

(٢٦٠) ١ ـ ما رواه أبو داود من طريق شيبان، حدثنا محمد ـ يعني: ابن راشد ـ عن سليمان ـ يعني: ابن موسى ـ عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «**ليس للقاتل شيء**»[(١)].

---

(١) سنن أبي داود كتاب الديات: باب ديات الأعضاء (٤٥٦٦).

وأخرجه البيهقي ٦/ ٢٢٠ من طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، به.

وأخرجه النسائي في الفرائض: باب توريث القاتل ٤/ ٧٩، والدارقطني في الفرائض ٤/ ٩٧، وابن عدي في الكامل ١/ ٢٩٧، والبيهقي ٨/ ١٨٦ من طريق إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، وابن جريج، والمثنى بن الصباح، عن عمر بن شعيب به، وهذا ضعيف لما يلي:

١ ـ أن ابن جريج لم يسمع من ابن شعيب.

٢ ـ أن إسماعيل بن عياش روى عن غير بلده، وخالف الثقات في ابن سعيد كمالك، وأبي خالد الأحمر، ويزيد بن هارون، وهشيم، والثوري، يروونه عن يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب قال عمر رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ فذكر الحديث، فجعله من مسند عمر،

أما حديث مالك: فأخرجه في الموطأ ٢/ ٦٦٠، ومن طريقه الشافعي في الرسالة ص١٧١، وعبد الرزاق ٩/ ٤٠٢، والنسائي في الكبرى ٩/ ٧٩.

وأما حديث أبي خالد فأخرجه ابن ماجه ٢/ ٨٨٤.

وأما حديث يزيد وهشيم وأخرجه أحمد ١/ ٤٩، والبيهقي ٨/ ١٣٤.

وأما حديث سفيان الثوري، فأخرجه عبد الرزاق ٩/ ٤٠٣.

=

فالقاتل نكرة في سياق النفي فتعم، وفي الرواية الثانية مفردة محلى «بأل» فيعم، كما أن لفظ «شيء» في الحديث نكرة في سياق النفي، فتعم كل شيء، فيشمل العمد، وشبه العمد، والخطأ.

= والحديث من جميع هذه الأوجه منقطعة؛ مداره على عمرو بن شعيب، ولم يسمع من عمر رضي الله عنه، كما قال أبو زرعة (المراسيل لابن أبي حاتم ١٤٨). وقال البيهقي في المعرفة ٩/ ١٠٣: هذا مرسل.

وأخرجه الدارقطني ٤/ ٩٥ من طريق عبد الله بن جعفر، وسفيان بن عيينة،
كلاهما عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس لقاتل ميراث»، وهذا رجاله ثقات، وفي سماع سعيد من عمر خلاف.

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه:
أخرجه الترمذي في الفرائض ٤/ ٤٢٥، وابن ماجه في الديات ٢/ ٨٨٣، والدارقطني في الفرائض ٣/ ٩٦، وابن عدي في الكامل ١/ ٣٢٨، والبيهقي في الفرائض ٦/ ٢٢٠، من طرق عن الليث بن سعد عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل.

وقد جاء من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده، فإن الرسول ﷺ قضى أن ليس لقاتل ميراث».
أخرجه عبد الرزاق ٩/ ٤٠٤، ومن طريقه البيهقي، في الفرائض ٦/ ٢٢٠.
عن معمر عن رجل قال عبد الرزاق: هو عمرو برق، عن عكرمة، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال عمرو برق، واسمه عمرو بن عبد الله بن الأسوار اليماني.
قال أحمد: له مناكير، وقال الأزدي: متروك الحديث، وقال ابن حجر: صدوق فيه لين. ينظر: الكامل ٥٤٤، الميزان ٣/ ٢٧١، التقريب٥٠٦٠.
وأخرجه الدارقطني في الفرائض ٤/ ٩٥ من طريق سفيان، عن ليث، عن طاووس، عن ابن عباس رضي الله عنهما، وهذا إسناد ضعيف لحال ليث بن أبي سليم (الترخيص ٣/ ٨٥).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: الضعف.

الثاني: أن المراد بالوصية فيها الإرث، فإنه وصية في الشرع، كما جاء في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَـٰدِكُمۡۖ﴾[1]، ﴿وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾[2] فسمى الإرث وصية.

الثالث: أنها محمولة على من أوصى لمن قتله أو يقتل غيره؛ كأن يقول: أعطوا لمن يقتلني، أو لمن يقتل فلاناً كذا، وإنما لم تصح الوصية في هذه الحال؛ لأنها وصية لغير معين، فصارت وصية لجهة معصية، وهي باطلة كما سبق[3].

الرابع: أنه على تسليم صحتها، وإرادة ظاهرها، فإنها معارضة بعموم أدلة الوصية، وإطلاقها، المقتضية جوازها للقاتل، فتعين الجمع بينها بحمل أدلة الجواز على حال، وأدلة المنع على حال آخر، وهو ما فعله المالكية كما سيأتي.

(٢٦١) ٢ ـ ما رواه الدارقطني من طريق أبي بكر بن عيَّاش، عن مُطَرِّف، عن الشعبي قال: قال عمر رضي الله عنه: «**لا يرث القاتل خطأً ولا عمدًا**»[4].

وإذا كان القتل مانعاً من الإرث، فإنه يكون مانعاً من الوصية من باب أولى وأحرى؛ لأن الميراث أقوى من الوصية.

---

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٣) نهاية المحتاج ٦/٤٨، تحفة الطلاب ٢/ ٧٦.

(٤) سنن الدارقطني ٤/ ١٢٠، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٢٠.
وهو منقطع.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: الضعف.

الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الإرث جبري والوصية اختيارية، فلا يصح هذا القياس لوجود الفارق بينهما.

٣ ـ القياس على الإرث، وقد تقدم الجواب على هذا.

أدلة القول الثالث: (الصحة مطلقاً):

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ **أدلة الوصية:** فإنها جاءت عامة تارة، ومطلقة تارة، مثل قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[١]، ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[٢] وغيرهما، والعام محمول على عمومه، والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد المخصص أو المقيد، وبذلك تشمل هذه الأدلة الوصية للقاتل في جميع الأحوال والظروف؛ لقاعدة: عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

ونوقش الاستدلال بهذه الأدلة من وجهين:

الأول: تخصيصها وتقييدها بأدلة القول الأول.

وأما القول بصحتها مطلقاً، فإنه يعارض القاعدة الأصولية والفقهية: أن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد[٣].

فإنهما تقضيان بحرمان القاتل من الوصية، إذا قتل الموصى له عمداً عدواناً بغير حق، ولا عذر بعدما أوصى له.

---

(١) من الآية١٨٠ من سورة البقرة.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) إيضاح المسالك ص٣١٥.

وأجيب: بأن هذا الحكم استثناء من القاعدة المذكورة(١).

ورد: أن الحكمة من وراء هاتين القاعدتين هي زجر الناس من ارتكاب ما لا يجوز فعله؛ لتحقيق أغراضهم بوسائل محرمة، وهذه الحكمة موجودة في القتل العدوان، وهي زجر الموصى لهم من قتل الموصين لاستعجال وصاياهم، فالواجب تطبيق القاعدة وعدم الاستثناء.

الثاني: أن حرمان القاتل بحق، وفي حالة الدفاع المشروع يتناقض مع الإذن لهم في القتل.

٢ ـ قياس الوصية على الهبة والبيع بجامع أن كلاً منهما تصرف بنقل الملك، فكما أن الهبة والبيع لا يبطلان بقتل الواهب والبائع بعد وقوعهما، فإن الوصية كذلك لا تبطل بقتل الوصي له الموصي.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ لأن الهبة عقد بات لا يتوقف على موت الواهب، فلا يتأتى فيها اتهام الموهوب له بقصد استعجال هبته بقتل الواهب له، عكس الوصية فإنها متوقفة على موت الموصي، فالتهمة فيها قوية، ومع وجود هذا الفارق بين الوصية والهبة والبيع يمتنع قياس الوصية على الهبة.

دليل القول الرابع:

١ ـ حديث: «**ليس لقاتل وصية**» وفي رواية: «**لا وصية للقاتل**»(٢).

٢ ـ وحديث: «**ليس لقاتل شيء**»(٣)، فالقاتل نكرة في سياق النفي فتعم.

وفي الرواية الثانية مفردة محلى «**بأل**» فيعم كما أن لفظ «**شيء**» في الحديث نكرة في سياق النفي فتعم كل شيء، فتدخل في ذلك الوصية بطريق

---

(١) حاشية الشرقاوي ٢/٧٦.
(٢) أورده في الذخيرة ٧/٢٨، الكاساني في البدائع ٧/٣٤٠.
(٣) تقدم تخريجه برقم (٢٥٩).

العموم الظاهر، كما تدخل في الحديث الأول والثاني بطريق النص، وعموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال، وبذلك تدل هذه الأحاديث على بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، في جميع الظروف والأحوال.

ونوقش: القول ببطلانها مطلقاً ولو كان القتل خطأ، والقاتل غير مكلف، أو كان القتل بحق أو عذر، بأنه يعارض نصوص الكتاب والسنة، التي تقتضي عدم مؤاخذة الصغير والمجنون بفعلهما، وعدم معاقبة المخطئ على خطئه، والإذن في الدفاع المشروع، وتنفيذ القتل بحق، ولا شك أن حرمان الصغير والمجنون والمخطئ من وصاياهم فيه نوع معاقبة على فعلهم، وهي مرتفعة شرعاً كما تقدم.

على الوجه المذكور بنص قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾[1].

الترجيح:

الأرجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه المالكية؛ إذ فيه الجمع بين أقوال المسألة وأدلتها.

فرع:

اختلف العلماء إذا أجاز الورثة الوصية للقاتل عمداً:

فقال أبو حنيفة، ومحمد: بصحتها.

وقال أبو يوسف: ببطلانها.

واتفقوا على إجازتها بإجازة الورثة إذا كان القتل خطأ.

ومنشأ الخلاف في القتل العمد هو اختلافهم لمن الحق في ذلك؟.

---

(١) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

فمن رأى الحق في ذلك لله قال: لا يجوز وإن أجازوها؛ لأنه لا حق لهم فيسقطوه.

ومن رأى أن الحق للورثة قال: إذا أجازوها جازت[١]، كما أجازها أبو حنيفة إذا أوصى لقاتله وليس له وارث سوى القاتل[٢].

فرع آخر:

أن القتل المانع من الوصية عند القائلين به: هو قتل الموصى له الموصي، وأما إذا قتله ولد الموصى له، أو والده، أو زوجته، فإن الوصية لا تبطل بذلك؛ لأن علة بطلان الوصية بالقتل هي اتهام القاتل باستعجال وصيته وهي غير موجودة، إذا كان القاتل غير الموصى له؛ لأنه ليس له ما سيتعجل؛ لأن الموصى له لم يفعل شيئاً، فلا تبطل وصيته بجناية غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[٣][٤].



(١) البدائع ٧/ ٣٤٠.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/ ٣١.

(٣) من الآية ١٦٤ من سورة الأنعام.

(٤) الوصايا والتنزيل ص٥٦٦.



فهرس الموضوعات

الباب الرابع
الموصى به

الباب الخامس
مصرف الوصية، وقسمتها

الباب السادس
إثبات الوصية، وشروط الموصين، ومبطلاتها

